Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XIII.

Zur Lehre von den Schenkungen unter Ehegatten.

Von Herrn Dr. F. P. Bremer,
außerord. Professor in Göttingen.

Von den Zeiten der Glossatoren hat sich bis auf unsere Tage eine Controverse fortgepflanzt, die, so häufig und eingehend sie auch erörtert worden, ihrer Lösung bisher noch um keinen Schritt näher gekommen ist. Ich meine die Frage, ob ein Schenkungsversprechen unter Ehegatten mit dem Tode des Promittenten convalescire oder nicht. Noch von unsern neuesten Juristen wird diese Frage bald in dem einen, bald in dem anderen Sinne entschieden. Während z. B. Löhr[1]), Puchta[2]), Savigny[3]) und Windscheid[4]) sie bejahen, wird sie unter Andern von Glück[5]), Wächter[6]), Francke[7]) und Vangerow[8]) verneint. Einzelne Schriftsteller, z. B. Thibaut[9]) und Wening-Ingenheim[10]), sind früher der einen, später der andern Ansicht gefolgt. Unter diesen Umständen kann es nicht Wunder nehmen, wenn auch die obersten deutschen Gerichte noch in der jüngsten Zeit unsere Frage im entgegengesetzten Sinne entschieden haben. Während nämlich das O.-A.-G. zu Rostock

1) Archiv f. civil. Praxis XVI. S. 233 ff.

2) Rhein. Museum VI. S. 370 ff., jetzt in Puchta's kl. civil. Schriften S. 332 ff., worauf die Citate im Folgenden gehen.

3) System IV. S. 183 ff.

4) Pandekten II. §. 509, Anm. 35.

5) Commentar XXVI. S. 104 ff.

6) Archiv f. civ. Praxis XVI. S. 107 ff.

7) Dasf. Archiv XVIII. S. 7, Anm. 20.

8) Pandekten I. §. 225, Anm. 2.

9) Pandekten §. 435 und zwar in der 4. u. 7. Ausgabe einerseits und der 5. u. 6. mit den civilist. Abhandlungen S. 105 ff. andrerseits.

10) Lehrb. des gem. Rechts, 3. Ausg. §. 381 a. E. Dagegen aber Erlanger Jahrbb. der jurist. Litt. XIII. S. 5 ff.

in einem Erkenntniß vom 24. Juli 1856 die Convaleſcenz des Schenkungsverſprechens bejaht[11]), hat das O.-A.-G. zu Kiel ſie am 30. Juni 1865 wieder verneint.[12])

Die Controverſe gründet ſich auf den Umſtand, daß die Pandekten über unſere Frage widerſprechende Entſcheidungen enthalten. Oder wie ſind L. 23. und L. 32. §. 1 D. de donationibus inter virum et uxorem (XXIV, 1) mit einander in Einklang zu bringen? So viel ſteht feſt: von den mannigfachen Verſuchen, dieſen Widerſpruch zu beſeitigen, kann kein einziger Anſpruch auf Beifall erheben, und ſo iſt denn auch jeder bisher vorgebrachte Erklärungsverſuch ſofort von Andern als unſtatthaft oder unzulänglich nachgewieſen worden. Selbſt die Erklärungen, welche Puchta und Savigny aufgeſtellt haben, halten nicht einmal eine oberflächliche Prüfung aus.

Puchta vertheidigt eine Idee, die ſchon Glück[13]) nicht eben höflich als einen Irrwahn oder einen thörichten Einfall charakteriſirt hat, und weiß, wenn ſeine „Hypotheſe" nicht befriedigen ſollte, für das „Räthſel" keine Löſung.[14])

Nicht beſſer ſteht es um Savigny's Erklärungsverſuch. Der große Rechtslehrer zerreißt die einfache Darſtellung in L. 23. cit. in der willkürlichſten Weiſe, freilich nur, weil er ſich nicht anders zu helfen weiß. Daß ſeine Auffaſſung der Stelle „unbedenklich" verworfen werden müßte, falls die andere Stelle nicht exiſtirte, giebt er ſelbſt zu.[15])

Am einfachſten iſt unſtreitig das von Faber und Löhr angewandte Auskunftsmittel, nämlich das in L. 23. cit. ganz beſonders ſtörende Wort recte zu tilgen. Aber wäre es ſelbſt richtig, daß „ſo alle Schwierigkeiten ſchwinden"[16]), ſo bliebe dieſe allerdings bequeme Aushülfe nichts deſto weniger durchaus unzuläſſig. Ihr widerſpricht nämlich, wie ſchon Savigny[17])

11) Seuffert's Archiv XII. S. 50 ff.
12) Seuffert's Archiv XVIII. S. 413 f.
13) S. 97 u. 108.
14) S. 346.
15) S. 191.
16) Löhr S. 341.
17) S. 189.

hervorgehoben hat, die Lesart aller bekannten Handschriften. Dazu kommt nun aber, daß jene Voraussetzung in Wahrheit gar nicht einmal zutrifft.[18])

Hiernach scheint es also, daß wir bei der „Unmöglichkeit einer Vereinigung" stehen bleiben müssen. Aber die Annahme eines solchen unlöslichen Widerspruchs ist am allerbedenklichsten. Der Widerspruch ist nämlich in unserm Falle nicht blos, wie in jedem andern, unerträglich, sondern überdies auch unglaublich. Beide Stellen rühren nämlich nach ihrer Inscription von demselben Juristen, von Ulpian, her und sind sogar aus dem nämlichen Werke, nämlich seinem Commentar ad Sabinum entnommen. Kann man sich da wohl, wie z. B. Windscheid[18a]) geneigt ist, mit dem Zugeständniß beruhigen, daß Ulpian sich selbst in so auffallender Weise widersprochen habe?

So verzweifelt hiernach die Sachlage zu sein scheint, so ist doch die Lösung des Räthsels gar nicht unmöglich, ja nicht einmal außergewöhnlich schwer. Verfolgen wir nur den historischen und den systematischen Zusammenhang der Frage mit aller Sorgfalt, so wird sich von selbst ein Ausweg aus dem anscheinend so verworrenen Labyrinthe zeigen, ein Ausweg, von dem man schließlich nur nicht begreift, warum er nicht schon längst von Andern gefunden worden ist.

So lange es in Rom nur Ehen mit manus gab, konnte von Schenkungen unter Ehegatten keine Rede sein. Eine solche Schenkung war rechtlich „unmöglich, weil sie gar keine denkbare Wirkung haben konnte. Die Frau konnte dem Mann nicht schenken, weil sie Nichts hatte, der Mann seiner Frau nicht, weil er es sich selbst geschenkt hätte, indem Alles, was sie überhaupt erwarb, in sein Vermögen kam."[19]) Für die Eheleute bedurfte es also eben so wenig eines Schenkungsverbotes, wie für den Vater und die Kinder in seiner Gewalt.[20])

---

18) Puchta S. 344.

18a) Pand. II. 2 §. 509, Anm. 35.

19) Savigny S. 166, Anm. a.

20) Vgl. Savigny S. 6, Anm. e.

Dieser Zustand der Dinge änderte sich, als die s. g. freie Ehe aufkam und die Ehe mit manus mehr und mehr verdrängte. Indem diese Entwickelung mit dem allmähligen Verfall der alten Zucht, der Reinheit der Ehe und der Häufigkeit der Ehescheidungen Hand in Hand ging, bildete sich in der Praxis der Satz aus, daß Schenkungen unter Ehegatten ungültig sein sollten.[21])

L. 1. D. de donat. int vir. et ux. (XXIV. 1) von Ulpian. Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuo[22]) amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate.

L. 3 pr. eod. Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, . . . ne concordia pretio conciliari viderentur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.

Unter diesen Umständen konnte also die im J. 550 u. c erlassene Lex Cincia auf Ehegatten wenigstens in der Regel keine Anwendung finden. Bestand unter denselben eine Manusehe, so war eine Schenkung ohnehin unmöglich; lebten sie dagegen in einer Ehe ohne manus, so war die Schenkung schon kraft jenes gewohnheitsrechtlichen Satzes ungültig. Aber von diesem Satze hatte sich eine Reihe von Ausnahmen herausgebildet, und zwar gleichfalls auf dem Wege des Gewohnheitsrechts. Mit Rücksicht auf diese ausnahmsweise gestatteten Schenkungen waren die Eheleute in der Lex Cincia als exceptae personae aufgeführt. Vat. Fragm. §. 302.

Das Verhältniß dieser Ausnahmen zu dem allgemeinen Schenkungsverbot war also folgendes. In der Regel sind die Schenkungen unter Eheleuten absolut nichtig. L. 3. §. 10. h. t. Sciendum autem est, ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso iure nihil valeat, quod actum est. Dabei ist es gleichgültig, in welcher Form die Schenkung auf-

21) Francke S. 1 ff.
22) So liest jetzt Mommsen.

getreten sein mag, ob, wie gewöhnlich, als rei donatio oder als acceptilatio oder als Stipulation.

L. 3. §. 10. cit. Proinde si corpus sit quod donatur, nec traditio[23]) quidquam valet. Et si stipulanti promissum sit vel accepto latum, nihil valet; ipso enim iure, quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt.

Eines Rechtsmittels, um diese Nichtigkeit zur Geltung zu bringen, bedarf es nur, wenn eine rei donatio beabsichtigt war. Ist die Sache selbst noch vorhanden, so steht dem Geber die rei vindicatio, ist sie bereits consumirt, eine condictio auf den Betrag der Bereicherung zu. Für andere Fälle bedarf es solcher Rechtsmittel nicht; „bei der Schenkung durch Stipulation wie durch Acceptilation genügt die bloße Nichtigkeit an sich, indem durch die Stipulation keine Obligation entsteht, durch die Acceptilation die ursprüngliche Obligation nicht aufgehoben oder geschwächt wird.“[24])

Ganz anders bei denjenigen Schenkungen unter Ehegatten, die ausnahmsweise gültig waren. Auf diese fanden nämlich nicht einmal die Bestimmungen der Lex Cincia Anwendung. Hatte nämlich Jemand, um diesen Fall hier allein hervorzuheben, einer non excepta persona donationis causa ein Versprechen gegeben, das nach allgemeinen Grundsätzen klagbar war, also in Stipulationsform, so konnte der Promittent sich gegen eine Klage aus diesem Versprechen mit der exceptio legis Cinciae schützen. Diese exceptio verliert erst mit dem Tode des Promittenten ihre Kraft. Hatte derselbe bis dahin seinen Willen nicht geändert, so konnte der Beschenkte gegen den Erben auf Erfüllung klagen und die exceptio legis Cinciae mit der replica doli zurückschlagen. Da nun aber die Ehegatten zu den exceptae personae gehörten, so fand auf

23) Statt nec traditio schrieb Ulpian ohne Zweifel *nec mancipatio vel in iure cessio* nec traditio. Ganz ähnlich verhält es sich z. B. mit L. 9. §. 2. D. de pign. (XIII, 7), wo die Compilatoren vor nec possessio die Worte nec dominium gestrichen haben. Vgl. Puchta, Instit. II. §. 246, Anm. g.

24) Savigny S. 175 f.

die bei ihnen erlaubten Schenkungen die Lex Cincia keine Anwendung. Hatte also der Ehemann seiner Frau in Form der Stipulation eine Schenkung gemacht, so war das Versprechen ohne Weiteres gültig und klagbar; es stellte eine donatio perfecta dar, welcher die exceptio legis Cinciae nicht entgegenstand.[25])

Unter den Fällen nun, in denen ausnahmsweise auch unter Eheleuten eine Schenkung gültig sein soll, führt Ulpian vor Allem die mortis causa donationes auf. Fragm. VII. 1. Inter virum et uxorem donatio non valet, nisi certis ex causis, id est mortis causa u. s. w. Daß diese Schenkungen in der That eine Ausnahme von dem allgemeinen Verbot bilden, deutet Ulpian auch noch an einer andern Stelle an. L. 9. §. 2. D. h. t. Inter virum et uxorem mortis causa donationes receptae sunt, desgleichen Paulus in L. 26. §. 1. D. eod. Ex quibus causis inter virum et uxorem concessae sunt donationes, ex iisdem et inter socerum et generum nurumve concessas Neratius ait... .

Es ist von Interesse, daß dieser Punkt festgestellt wird. Savigny[26]) gibt nämlich zwar zu, daß Ulpian in der erstangeführten Stelle die Zulässigkeit der mortis causa donatio unter Ehegatten als „Ausnahme von dem Schenkungsverbot darstelle", meint aber, diese Darstellung sei „streng genommen" nicht richtig. Aber mit Unrecht. Wenn Savigny[27]) bemerkt, eine mortis causa donatio sei unter Ehegatten gültig, weil eine solche Schenkung „überhaupt erst durch den frühern Tod des Gebers volle Bestätigung erhalte", so beweist er damit keineswegs, was er zu beweisen beabsichtigt, nämlich daß diese Schenkung nicht an sich unter das Verbot fallen würde, sondern gibt damit vielmehr nur einen Grund an, weshalb sie ausnahmsweise für gültig erklärt worden ist. So sagt denn auch Gaius in L. 10. D. h. t., einer Stelle, die in den Pandekten un-

25) Wächter S. 115 ff. Löhr S. 234 f. Puchta, Instit. II. (4. Aufl.) S. 385 f. Savigny S. 195 ff.

26) S. 171, Anm. m.

27) S. 170 f.

mittelbar auf die oben mitgetheilte L. 9. §. 2. folgt: quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt.

Jene Bemerkung Savigny's steht mit einer ungenauen Auffassung der mortis causa donatio im Zusammenhang. Unter die Fälle „wahrer Ausnahmen von dem Schenkungsverbot", so sagt Savigny[28]) nämlich, gehöre „nicht die mortis causa und divortii causa donatio, weil diese zwar wahre Schenkungen seien, aber erst nach aufgelöster Ehe gültig und wirksam würden." Allerdings wird die mortis causa donatio erst nach Auflösung der Ehe „wirksam", aber „gültig" ist sie sofort, nur daß sie hinterher wieder zerfallen kann, oder daß sie durch den frühern Tod des Beschenkten rückgängig, dagegen durch den frühern Tod des Disponenten befestigt wird.[28a]) Sie soll, wie Keller[29]) es ausdrückt, nur dann „gültig bleiben, wenn der Empfänger von dem Geber nicht überlebt wird." Auch Savigny redet richtig von einer Entkräftung, die bei der Schenkung auf den Todesfall hinterher eintreten könne. „Die Bedingung", so lehrt er[30]) mit Recht, „die Bedingung, welche stets die Schenkung entkräften soll, ist das Ueberleben des Gebers; es kann als zweite, gleichfalls entkräftende Bedingung hinzutreten die Abwendung einer bestimmten gegenwärtigen Lebensgefahr; es tritt endlich in der Regel noch hinzu, als dritte entkräftende Bedingung, der veränderte Wille des Gebers." In diesem Sinne kann man sagen, die mortis causa donatio sei vor dem Tode des Schenkgebers noch nicht perfect. L. 32. D. de m. c. don. (XXXIX, 6) von Ulpian. Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur. Ihre „definitive Geltung" oder ihr „endgültiger Bestand" ist von dem Tode des Schenkers und dem Ueberleben des Beschenkten abhängig.[31])

---

28) S. 178, Anm. n.
28a) Unger, österr. Erbrecht §. 77, Anm. 5 u. 14.
29) Pand. §. 69.
30) S. 244 f.
31) Keller, Instit. S. 343 und 351.

Nichts desto weniger war „die Schenkung Todeshalber überwiegend ein Rechtsgeschäft unter Lebenden; sie kam in den Formen eines solchen zu Stande" und „äußerte ihre nächsten und wichtigsten Wirkungen schon bei Lebzeiten des Schenkers." Was die Art ihrer Bewerkstelligung anbetrifft, so bleibt sie „wesentlich unter den Regeln der Schenkung überhaupt stehen. Doch muß das Rechtsgeschäft, durch welches eine Schenkung dieser Art bewerkstelligt werden soll, insofern auch in seinem Hergange öfters eine complicirtere Gestalt annehmen, als dadurch nicht bloß, wie bei der einfachen Schenkung, für die Hingabe, sondern auch für die eventuelle Rückgabe gesorgt werden muß. Zu diesem Zweck konnte man mit der Schenkungshalber geschehenden mancipatio oder in iure cessio ein pactum fiduciae verbinden oder mit irgend welcher Schenkungshandlung eine Stipulation auf eventuelle Rückgabe oder auch ein formloses Bedingen und Versprechen derselben, welches dann als lex dationi dicta unter dem Gesichtspunkt der Innominatcontracte Klagbarkeit erhielt.... Dem formlosen Vertrag auf Rückgabe konnte aber bei der Tradition, wozu man sich im spätern Verfolg immer mehr neigte, auch dingliche Wirkung beigelegt werden und zwar so, daß der Uebergang des Eigenthums dadurch resolvirt werden sollte". In diesem Falle begründet die Schenkung auf den Todesfall auch sogleich einen Usucapionstitel.

„Neben den auf Uebertragung von Eigenthum u. dgl. (dare) gerichteten Handlungen wird die Schenkung Todeshalber, gleich derjenigen unter Lebenden, häufig durch Begründung einer Obligation (obligare) mittelst Stipulation bewirkt; zunächst unmittelbar so, daß der Schenker auf seinen Tod hin dem Schenknehmer eine Leistung promittirt, die eigentliche mortis causa stipulatio, von der bei Festus h. v., sehr bezeichnend für den Charakter der mortis causa donatio überhaupt, gesagt wird: m. c. stipulatio existimatur fieri, ut ait Antistius Labeo, quae ita fit, ut morte promissoris confirmetur, aut, ut quidam dixerunt, cuius stipulationis mors fuit causa."

„Sodann kann aber eine mortis causa donatio auch

dadurch bewirkt werden, daß der Schenkende seinen Schuldner u. dgl. dem Beschenkten oder dessen Gläubiger delegirt und ihn dem einen oder dem andern stipulanti promittiren läßt, oder daß der Schenker selbst für den Beschenkten bei dessen Gläubiger expromittirt."

„Endlich stellt sich, wie bei der Schenkung unter Lebenden, so auch bei derjenigen Todeshalber, neben das dare und obligare noch das liberare als Object dar. Dasselbe geschieht vorerst durch ordentliche acceptilatio, welche ganz einfach und pure, ohne alle Erwähnung bedingender Todesverhältnisse, schon deshalb lauten mußte, weil sie überhaupt keiner Bedingungen in ihrer Abfassung fähig ist, welche aber auch nicht etwa durch die der Schenkung Todeshalber gesetzten Bedingungen als stillschweigend in ihrer Wirksamkeit suspendirt angesehen wurde, sondern nachher bei dem Zerfall der Schenkung lediglich in ihrem ökonomischen Erfolg mittelst condictio des Werthes aufgehoben werden konnte... Sodann kann der Schulderlaß Todeshalber auch durch formloses pactum de non petendo, natürlich mit dessen ordentlicher indirecter Wirkung geschehen."[32])

Hat der Schenker auf das Recht des willkürlichen Widerrufs verzichtet, soll also die Schenkung nur dann zerfallen, wenn der Beschenkte vor dem Schenker stürbe, so stand sie, wie Keller[33]) hervorhebt, „in demselben Maße unter dem Recht der Lex Cincia, als sie bei Lebzeiten des Schenkers gegen seinen Willen geltend gemacht werden sollte."

Savigny[34]) hält „eine besondere Erklärung" für erforderlich, „warum die römischen Juristen nicht Anstoß daran nahmen, daß eine mortis causa stipulatio erst gegen den Erben eingeklagt werden konnte, da sie doch andere Stipulationen dieser Art (post mortem meam) durchaus für ungültig erklärten. Ohne Zweifel", so meint er, „betrachtete man es so, daß der Geber verspreche, im letzten Augenblick seines

32) Keller, Instit. S. 344 ff. und Pand. §. 69.
33) Instit. S. 351.
34) S. 249.

Lebens (cum moriar) Schuldner sein zu wollen, welches, wie in andern Fällen, so auch hier, als gültig angesehen wurde." Aber diese Erklärung ist ganz überflüssig, da es hier Nichts zu erklären gibt. Als „ungültig" betrachteten die römischen Juristen nur eine solche Stipulation, aus der nicht der Promittent selbst, sondern erst sein Erbe „Schuldner" sein sollte. Gai. III, 158 ... generaliter placuit, ab heredis persona obligationem incipere non posse. Deshalb inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: *Post mortem tuam dari spondes?* Gai. III, 100. Bei der mortis causa stipulatio aber beginnt die Obligation schon in der Person des Schenkgebers; der Promittent ist selbst der Schuldner, und zwar sofort mit Abschluß der Stipulation, nur daß die Forderung bei seinen Lebzeiten nicht wider seinen Willen geltend gemacht werden kann. „Kann das mortis causa Versprochene auch erst nach dem Tode des Schenkers gefordert werden, so nimmt die Schuld doch nicht etwa erst in der Person des Erben ihren Anfang, sondern geht, durch das causale Versprechen in der Person des Schenkers begründet, auf den Erben gleich einer andern Schuld des Erblassers über."[34a])

Dergleichen mortis causa donationes sind also auch unter Eheleuten gültig. Da diese nun zu den exceptae personae legis Cinciae gehörten, so hätte eine mortis causa donatio inter virum et uxorem noch bei Lebzeiten des schenkenden Ehegatten selbst gegen seinen Willen geltend gemacht werden können, falls derselbe auf das Recht des Widerrufs Verzicht geleistet hätte. Aber das war nicht die Absicht, als man jene Ausnahme von dem Schenkungsverbot zuließ; vielmehr schob man die Wirkung einer solchen Schenkung unter Ehegatten stets bis auf die Todeszeit des Schenkgebers hinaus.

Findet zwischen Personen, die nicht Eheleute sind, mortis causa eine rei donatio statt, so kann die Uebertragung des Eigenthums entweder mit Suspensiv- oder mit Resolutivbedingung gemeint sein.

34a) Unger a. a. O. §. 77, Anm. 11.

L. 2. D. de m. c. don. (XXXIX, 6) von Ulpian.

Julianus libro septimo decimo Digestorum tres esse species mortis causa donationum ait ... aliam esse speciem mortis causa donationum ait, cum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis; tertium genus esse donationis ait, si quis periculo motus non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta.

L. 29. D. eod. von Ulpian.

Si mortis causa res donata est, et convaluit qui donavit, videndum, an habeat in rem actionem. Et si quidem quis sic donavit, ut si mors contigisset, tunc haberet cui donatum est, sine dubio donator poterit rem vindicare, mortuo eo tunc is cui donatum est. Si vero sic, ut iam nunc haberet, (et) redderet, si convaluisset vel de proelio vel peregre rediisset, potest defendi, in rem competere donatori, si quid horum contigisset; interim autem ei cui donatum est.

Der Eigenthumsübergang mit Resolutivbedingung ist „das Einfachere und Natürlichere, und daher im Zweifel anzunehmen, wenn der Geber nicht die andere Einrichtung ausdrücklich angeordnet hat.“ [35]) Ist die Uebertragung des Eigenthums mit Suspensivbedingung gemeint, so erfolgt sie „mit nachheriger Rückwirkung.“ [36])

Anders bei den mortis causa donationes unter Ehegatten. Hier ist der Eigenthumsübergang stets bis zum Tode des Schenkgebers suspendirt, und zwar schon von Rechtswegen.

L. 9. §. 2. und L. 11. pr. D. de donat. int. vir. et ux. (XXIV, 1) von Ulpian.

Inter virum et uxorem mortis causa donationes receptae sunt; sed interim res non statim fiunt eius, cui donatae sunt, sed tunc demum, cum mors insecuta

35) Savigny S. 247.
36) Keller Instit., S. 345.

est; medio igitur tempore dominium remanet apud eum qui donavit.

L. 76. D. de hered. instit. (XXVIII, 5) von Papinian.

Servus uxori a marito mortis causa donatus mariti manet, ut et Juliano quoque videtur.

Im Uebrigen aber ist die Wirkung der Schenkung eine verschiedene, je nachdem die Meinung des Schenkgebers war, daß das Eigenthum erst mit seinem Tode, oder daß es schon im Momente der Tradition auf den Beschenkten übergehen sollte. In dem letztern Falle erfolgt der Eigenthumsübergang mit rückwirkender Kraft.

L. 11. §§. 1. 2. D. de don. int. vir. et ux.

Sed quod dicitur, mortis causa donationem inter virum et uxorem valere, ita verum est, ut non solum ea donatio valeat secundum Julianum, quae hoc animo fit, ut tunc res fiat uxoris vel mariti, cum mors insequetur, sed omnis mortis causa donatio. Quando itaque non retro agatur donatio *rel.*

Ja, daß die durch den Tod des Gebers erfüllte Suspensivbedingung rückwirkende Kraft haben soll, wird stets als beabsichtigt angenommen, so daß die entgegengesetzte Absicht einer ausdrücklichen Erklärung bedarf.[37])

L. 40. D. de m. c. donat. von Papinian.

Si mortis causa inter virum et uxorem donatio facta sit, morte secuta reducitur ad id tempus donatio, quo interposita fuisset.

Was „unter Fremden die Tradition mit augenblicklicher Uebertragung des Eigenthums", das ist „unter Ehegatten die mortis causa traditio mit retroactiver Wirkung."[38]) Die von dem Beschenkten vor dem Tode des Gebers vorgenommene Veräußerung ist also an sich ungültig, kann aber in Folge jener Rückwirkung convaleściren.

L. 11. §. 9. D. de don. int. vir. et ux.

---

37) Savigny S. 248 f.
38) Savigny S. 248.

Si uxor rem, quam a marito suo mortis causa acceperat, vivo eo alii tradiderit, nihil agitur ea traditione, quia non ante ultimum vitae tempus mulieris fuit. Plane in quibus casibus placeat, retroagi donationem, etiam sequens traditio a muliere facta in pendenti habebitur.

L. 20. D. eod. von Javolenus.

Si is servus, qui uxori mortis causa donatus est, priusquam vir decederet, stipulatus est, in pendenti puto esse causam obligationis, donec vir aut moriatur aut suspicione mortis, propter quam donavit, liberetur. Quidquid autem eorum inciderit, quod donationem aut perimat aut confirmet, id quoque causam stipulationis aut confirmabit aut resolvet.

Bisher sprachen wir von einer rei donatio unter Ehegatten. Wie nun, wenn zwischen ihnen eine stipulatio mortis causa abgeschlossen worden ist?

Eine solche Schenkungsstipulation ist von Anfang an gültig, gerade wie unter Fremden. Anderseits besteht aber auch ein wichtiger Unterschied zwischen beiden Fällen. Während nämlich bei einer unter Fremden geschlossenen Stipulation dem Promittenten, wenn er auf das Widerrufsrecht verzichtet hat, eine Einrede aus der Lex Cincia zur Seite steht, kann die unter Ehegatten geschlossene Stipulation schon ipso iure nicht vor dem Tode des Promittenten geltend gemacht werden. Daß eine Obligation nicht erst in der Person des Erben beginnen könne, steht der Gültigkeit einer solchen Stipulation keineswegs entgegen, da der Promittent selbst schon als Schuldner erscheint. Die Stipulation ist gerade so gültig, wie wenn Jemand ausdrücklich erst auf seine Todeszeit eine Leistung zusagt. Gai. III, 100. valet autem (stipulatio), si quis ita dari stipuletur: *Cum moriar dari spondes?* vel ita: *Cum morieris dari spondes?* id est, ut in novissimum vitae tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur.

Stirbt der Beschenkte vor dem Promittenten, so ist der Erfolg verschieden, je nachdem die Stipulation unter Fremden oder unter Eheleuten geschlossen worden. In dem erstern Falle

hat nämlich der Erbe des Promittenten eine condictio auf Aufhebung der Obligation, in dem andern dagegen bedarf es einer Klage nicht; hier heißt es vielmehr: stipulatio solvitur, nämlich ipso iure.

L. 76. D. de iure dotium (XXIII, 3) von Tryphonin.

Si pater mulieris mortis suae causa dotem promiserit, valet promissio; nam et si in tempus, quo ipse moreretur, promisisset, obligaretur. Sed si convaluerit, cur ei non remittatur obligatio per condictionem, atque si stipulanti quivis alius promisisset, aut dotem alicuius nomine? nam ut corporis vel pecuniae translatae, ita obligationis constitutae mortis causa condictio est.

L. 52. §. 1. D. de donat. int. vir. et ux. von Papinian.

Uxor viro fructum fundi ab herede suo dari, quodsi datus non fuisset, certam pecuniam mortis causa promitti curavit. Defuncto viro viva muliere stipulatio solvitur, ut traditio, quae mandante uxore mortis causa facta est; nam quo casu inter exteros condictio nascitur, inter maritos nihil agitur.

Betrachten wir endlich die unter Ehegatten donationis animo eingegangene mortis causa acceptilatio. Auch eine solche Acceptilation ist von Anfang an gültig, hebt also die Forderung vollständig auf. Aber stirbt der beschenkte Gatte vor dem Schenkgeber, so lebt sie ipso iure wieder auf, während bei einer unter Fremden abgeschlossenen Schenkung dieser Art dem Erben des Schenkgebers eine condictio zusteht, falls der Schenknehmer vor dem Schenkgeber verstirbt. L. 24. u. L. 35. §. 6. D. de m. c. donat. (XXXIX, 6). Auch hier gilt also der Satz des Papinian: quo casu inter exteros condictio nascitur, inter maritos nihil agitur.

In dem Vorhergehenden haben wir die Hauptformen der mortis causa donatio in Betracht gezogen und zwar mit besonderer Rücksicht auf die Ehegatten, unter denen eine solche Schenkung ausnahmsweise gültig ist. Die übrigen Ausnahmen von dem Schenkungsverbot zu erörtern, ist für unsern Zweck ohne Interesse.

Fiel die Schenkung, die ein Ehegatte dem andern machte, nicht unter diese oder jene Ausnahme, so war sie zufolge des allgemeinen Schenkungsverbotes ungültig. Wollte der Schenkgeber sie aufrecht erhalten, so mußte er sie in der Form des Legats wiederholen.

L. 109. pr. D. de legat. I. von Africanus.

Si quando quis uxori suae ea quae vivus donaverat, vulgari modo leget, non de aliis donationibus videri eum sentire ait, quam de his quae iure valiturae non sunt. Alioquin et frustra legaturus sit; atque si ita exprimat: *quae uxori iure donavero* vel ita: *quae uxori manumissionis causa donavero, ea ci lego*; nam inutile legatum futurum est.

So stand es mit den Schenkungen unter Ehegatten bis zu Anfang des dritten Jahrhunderts nach Chr. G. Um diese Zeit erlitt die dargestellte Theorie eine wesentliche Umgestaltung. Auf Grund einer oratio des Kaisers Severus stellte nämlich der Senat im J. 206 den Grundsatz auf, daß, wenn der Schenkgeber eine nach der Regel ungültige Schenkung unter Ehegatten bis zu seinem Tode nicht widerrufen habe, seine Erben sie gelten lassen müßten.

L. 32. pr. und §. 1. D. de don. int. vir. et ux. von Ulpian.

Cum hic status esset donationum inter virum et uxorem, quem antea retulimus, imperator noster Antoninus Augustus ante excessum divi Severi patris sui oratione in senatu habita auctor fuit senatui censendi, Fulvio Aemiliano et Nummio Albino consulibus, ut aliquid laxaret ex iuris rigore... Ait oratio: fas esse, eum quidem qui donavit poenitere; heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius qui donaverit, durum et avarum esse.

„Dieser Senatsschluß wird bald dem Kaiser Severus zugeschrieben, weil dieser damals der Hauptkaiser war, bald dem Kaiser Caracalla, welcher als Mitregent den Antrag

dazu in den Senat brachte, bald beiden Kaisern gemeinschaftlich; jede dieser Bezeichnungen konnte als richtig gelten, und keine derselben deutet auf zwei verschiedene Senatsschlüsse" [39]).

Unstreitig bezieht sich unser Senatsschluß nur auf solche Schenkungen unter Ehegatten, die nach dem bisherigen Recht ungültig waren. L. 32. §. 23. D. h. t. ... donationes, quas impediri diximus, ex oratione valebunt. Mit den schon früher ausnahmsweise gültigen Schenkungen, insbesondere mit den mortis causa donationes, hat die oratio nichts zu thun. Sonderbarer Weise bezeichnet Savigny [40]), der die mortis causa donatio unter Ehegatten nicht als Ausnahme von dem allgemeinen Schenkungsverbot gelten lassen will, die durch den Senatsschluß aufgestellte Bestimmung als solche „Ausnahme", und zwar als „die wichtigste Ausnahme." Aber „streng genommen" ist das eine unrichtige Auffassung, und so führt denn auch Ulpian diese Bestimmung keineswegs unter den Ausnahmen mit auf. Als wirkliche Ausnahme würde sie nur dann erscheinen, wenn die nicht widerrufene Schenkung, gleich der mortis causa donatio, schon bei Lebzeiten des Schenkgebers als gültig angesehen werden müßte, wenn also der Satz des Gewohnheitsrechts, wie für die mortis causa donationes unter Ehegatten, so auch für diesen Fall gänzlich beseitigt worden wäre. Aber eben dies ist nicht der Fall; der Senatsschluß begründet vielmehr nur eine Modification, genauer eine Milderung jenes Satzes. L. 32. pr. cit.: ut aliquid laxaret ex iuris rigore.

Allerdings ist es richtig, wenn Savigny [41]) sagt: „Nach diesem Senatsschluß werde die Schenkung unter Ehegatten gültig und wirksam, sobald der Geber in der Ehe sterbe, ohne einen Widerruf ausgesprochen zu haben." Aber unrichtig ist es, wenn er die Schenkung deshalb einer mortis causa donatio gleichstellt, und überdies noch die Analogie der Lex

39) Savigny S. 180 f.
40) S. 180.
41) S. 181.

Cincia heranzieht. Es ist von entscheidender Wichtigkeit, festzustellen, wie es sich mit beiden Punkten in Wirklichkeit verhält.

Was zunächst die Analogie der Lex Cincia anbetrifft, so behauptet Savigny[42]), „unserm Senatsschluß, welcher die Schenkung unter Ehegatten, bei dem Tod des Gebers, aufrecht hielt," habe „augenscheinlich" der Satz der Lex Cincia zum „Vorbild" gedient, wonach die Befugniß, „eine Schenkung willkürlich zu entkräften", als „persönliches Recht des Gebers" erscheine. Um diese Behauptung richtig zu würdigen, müssen wir einen Rückblick auf das Recht der Lex Cincia werfen, wobei wir im Ganzen der Darstellung Puchta's[43]) folgen können.

Bekanntlich war dieses Gesetz eine lex imperfecta, d. h. die gegen dasselbe gemachten Schenkungen waren keineswegs nichtig; dem Schenker war vielmehr nur gegen die Klage aus der Schenkung eine Einrede, oder wenn der Beschenkte auf Grund der Schenkung eine exceptio gegen eine Klage des Schenkers erworben hatte, eine replicatio gegeben. Ist aber durch die Schenkung eine Klage ipso iure verloren gegangen, der Schuldner also nicht bloß ope exceptionis davon befreit, so wird dem Schenker die verlorene Klage restituirt, ihm als rescissoria actio gegeben. Endlich hat der Schenker wegen dessen, was durch die donatio contra legem Cinciam in das Vermögen des Beschenkten gekommen ist, die condictio.

„Es ist also", so können wir das Resultat mit Puchta formuliren, „lediglich in den Willen des Schenkers gelegt, ob die Lex Cincia in Anwendung kommen soll oder nicht; und der wahre Ausdruck ihres Inhalts ist folgender: Schenkungen," die gegen das Gesetz verstoßen, „können, vorausgesetzt, daß der Beschenkte nicht eine persona excepta ist, von dem Schenker jederzeit widerrufen werden. Die Lex Cincia hindert ihn an keiner Schenkung, wenn sein Wille beharrlich darauf gerichtet ist. Darin liegt denn aber zugleich nothwendig, daß die Schenkung durch den Tod des Schenkers ohne Widerruf dem

42) S. 197, Anm. f.
43) Institt. II., S. 386 ff.

Einfluß der Lex Cincia entnommen wird: morte Cincia removetur."

Ganz anders bei den Schenkungen unter Ehegatten, worauf sich die oratio Severi bezog. Diese Schenkungen waren im Augenblick ihrer Vornahme absolut nichtig.

Von der Möglichkeit, sie zu entkräften, kann also keine Rede sein, sondern nur umgekehrt von der Möglichkeit, ihnen hinterher Kraft zu verleihen, sie zu confirmiren. Und eine solche Confirmation sollte nach der oratio mit dem Tode des Schenkgebers erfolgen. Zwischen dem Recht der Lex Cincia und der Bestimmung des Senatsschlusses besteht also der principielle Unterschied, daß dort mit dem Tode des Gebers die Möglichkeit wegfällt, eine an sich gültige Schenkung zu entkräften, hier dagegen eine an sich ungültige Schenkung gültig werden kann.

Eben so unrichtig ist die andere Behauptung Savigny's[44]), wonach in Folge der oratio die Schenkung nach dem Tode des Schenkgebers so angesehen worden sei, „als hätte der Geber eine mortis causa donatio im Sinne gehabt, d. h. in bestimmter Hinsicht auf seinen künftigen Tod in der Ehe geschenkt." Diese angebliche „Zurückführung des ganzen Falles auf die Fiction einer mortis causa donatio"[45]) ist ganz unbegründet.

Hätten die römischen Juristen die Sache wirklich so angesehen, so würden sie einen wesentlichen Unterschied außer Acht gelassen haben. Die mortis causa donatio wird nämlich nicht, wie Savigny sagt, „erst nach aufgelöster Ehe gültig", sondern ist es schon „gleich anfangs." Dagegen sind die Schenkungen, worauf der Senatsbeschluß sich bezieht, anfangs ungültig und werden erst gültig nach aufgelöster Ehe. Beide bilden also in dieser Beziehung geradezu einen Gegensatz. Ueber die letztere Art von Schenkungen bemerkt auch Savigny[46]) ganz richtig: „Vor dem Senatsschluß konnten die Erben das ganze Geschenk zurückfordern, weil es nichtig gegeben war. Jetzt haben die Erben gar kein Recht mehr." . . Eben deshalb aber

44) S. 181.
45) Savigny S. 188.
46) S. 182.

ist es wieder sehr ungenau, wenn Savigny[47]) behauptet, der Senatsschluß habe „die Anfechtung der Schenkung zu einem persönlichen Recht des Gebers gemacht, das nicht von dem Erben ausgeübt werden dürfe, so daß die bis zum Tod des Gebers nicht widerrufene Schenkung unanfechtbar sein sollte." Von „Anfechtung" eines ipso iure bereits „nichtigen" Rechtsgeschäfts zu reden, ist ein Widerspruch. „Die wirkliche Anfechtbarkeit kommt nur den Rechtsgeschäften zu, welche ipso iure an sich gültig, durch Geltendmachung eines eigenen, jenen entgegenwirkenden Rechts bedeutungslos, unwirksam werden."[48]) In unserm Fall handelt es sich vielmehr um ein nachträgliches Gültigwerden eines anfangs ungültigen Rechtsgeschäfts.

Daß die römischen Juristen über diesen Unterschied hinweggesehen haben sollten, ist sehr unwahrscheinlich. Savigny[49]) aber behauptet, „diese Aufrechterhaltung der erwähnten Schenkung durch die Fiction einer (ohnehin gültigen) mortis causa donatio erhelle zunächst aus einigen Stellen, worin geradezu von der m. c. donatio auf unsern Fall der Schenkung Folgerungen angewendet würden, außerdem auch noch aus einer Stelle des Papinian, nach welcher diese Schenkung solle unanfechtbar sein „fini decimarum." Die „einigen Stellen," worauf Savigny sich zunächst beruft, reduciren sich nach der Anmerkung (d) zu dem betreffenden Texte auf L. 32. §§. 7. 8. D. de don. int. vir.

Si maritus uxori donaverit et mortem sibi ob sceleris conscientiam consciverit, vel etiam post mortem memoria eius damnata sit, revocabitur donatio, quamvis ea quae aliis donaverit, valeant, si non mortis causa donavit. — Si miles uxori donaverit de castrenibus bonis et fuerit damnatus, [quia permissum est ei de his testari][50]), si modo impetravit, ut testetur, cum dan-

47) S. 65. Vgl. S. 182.

48) Böcking, Instit. I. S. 427.

49) S. 181 f.

50) Die eingeklammerten Worte sind ohne Zweifel mit Rücksicht auf L. 13. C. de testam. mil. (VI, 21) von den Compilatoren eingeschoben.

naretur, donatio valebit; nam et mortis causa donare poterit, cui testari permissum est.

Zur Erläuterung der hier besprochenen Fälle ist an Folgendes zu erinnern. Die zu einer Capitalstrafe verurtheilten Verbrecher konnten, sofern die Verurtheilung mit Confiscation des ganzen Vermögens verbunden war, nicht testiren und das Testament, welches sie bereits gemacht hatten, wurde zufolge der in der Capitalstrafe liegenden capitis deminutio ungültig. Diese Rechtsfolge trat nicht erst mit der Execution, sondern schon mit der Verurtheilung ein. L. 6. §. 6. D. de iniusto (XXVIII, 3). „Der Heimfall des Vermögens an den Fiscus setzte aber immer die vollständige Verurtheilung voraus. Wenn daher der Verklagte während des Prozesses starb, so wurde er in der gewöhnlichen Weise beerbt. Durch Selbstmord konnte er jedoch die Confiscation nicht abhalten, und wegen Majestätsverbrechen und Amtserpressungen konnte sogar noch nach dem Tode Anklage erhoben und die Confiscation erwirkt werden." [51]) Aber nicht nur das Testament, sondern auch die mortis causa donatio wird unter diesen Umständen hinfällig. „Verbrechen, Selbstmord, damnatio memoriae machen so weit, als sie ein Testament des Schuldigen zu entkräften geeignet sind, auch seine Schenkungen Todeshalber ungültig." [52])

Den wegen eines militärischen Verbrechens verurtheilten Soldaten wurde es jedoch gestattet, ein Testament zu machen. L. 6. §. 6. D. cit. L. 1. D. de veter. et mil. succ. (XXXVIII, 12). Daraus zog man den Schluß, daß sie z. B. auch ein Fideicommiß gültig hinterlassen: L. 22. §. 1. D. de legat. III., oder eine mortis causa donatio machen dürften: L. 32. §. 8. cit.

Was nun die Schenkungen an die Ehefrau anbetrifft, so werden dieselben ebenfalls entweder nach jener Regel oder nach dieser Ausnahme behandelt, so daß sie also wie das Testament oder eine mortis causa donatio hinfällig werden oder Geltung haben. Wenn die Schenkung an die Ehefrau in dieser Beziehung zunächst an die mortis causa donatio angeknüpft wird, so

51) Walter, Gesch. des röm. Rechts (3. Aufl.) II. §. 825.
52) Keller, Instit. S. 354.

berechtigt dieser Umstand doch wahrlich nicht zu der Behauptung, die eine Schenkung sei durch Fiction auf die andere zurückgeführt, oder es sei von Rechtswegen stets so angesehen worden, als ob der Geber eine mortis causa donatio im Sinne gehabt habe.

Die andere Stelle, worauf Savigny sich für diese Auffassung beruft, ist Fragm. Vat. §. 294, wo Papinian sagt: . . . quod vir uxori dedit, morte soluto matrimonio, si voluntas perseveravit, fini decimarum auferre non oportere maximi principes nostri suaserunt et ita senatus censuit. Ganz richtig bemerkt Savigny:[53]) „Das fini decimarum auferre non oportere heißt, bis an die durch die decimae bestimmte Gränze soll dem überlebenden Ehegatten das Geschenk Niemand entziehen können", oder die Schenkung ist „gültig innerhalb der von der L. Julia vorgeschriebenen Gränze der decimae." Aber unrichtig ist es, wenn Savigny den Zusammenhang so darstellt, als sei die Bestimmung der L. Julia zunächst für die mortis causa donationes aufgestellt und ihre Anwendung auf die Schenkungen unter Ehegatten erst dadurch vermittelt worden, daß diese durch Fiction den Schenkungen Todeshalber gleichgestellt worden seien. Der Satz der Lex Julia lautete allgemein: vir et uxor inter se matrimonii nomine decimam capere possunt. Ulp. fragm. V, 1. Unter mortis causa capere und capio verstand man aber, namentlich in Folge der Leges Falcidia und Julia et Papia Poppaea im weitern Sinne „Alles was Jemand wegen und aus Anlaß des Todes eines Andern empfängt,"[54]) so daß unter diesen Begriff nicht nur die Legate und Fideicommisse, sondern auch die mortis causa donatio und die an sich ungültige, aber nach der oratio divi Severi durch den Tod des Schenkers gültig werdende donatio inter virum et uxorem fiel. Es ist also keineswegs mit Savigny zu sagen: „indem die Schenkung (unter Ehegatten), um gültig zu sein, die Natur einer m. c. donatio annimmt, wird sie auch allen Beschrän-

53) S. 182 u. Anm. f daselbst.
54) Keller, Instit. S. 348.

kungen derselben unterworfen," — dieser Schluß ist nichts als eine petitio principii, — sondern vielmehr einfach so: die nach der oratio durch den Tod des Schenkgebers gültig werdende Schenkung unter Ehegatten fällt unter den allgemeinen Begriff der mortis causa capio und alle m. c. capiones unterliegen den Beschränkungen der Lex Julia decimaria.

Die angebliche „Zurückführung des ganzen Falles auf die Fiction einer m. c. donatio," eine Fiction, bei der man über einen wesentlichen Unterschied beider Schenkungen hätte hinwegsehen müssen, ist also aus den Quellen nicht zu erweisen.

Mit dieser irrigen Auffassung steht aber ein anderer wichtiger Irrthum im Zusammenhang. Savigny[55]) behauptet nämlich, wenn der schenkende Ehegatte verstorben sei, ohne die Schenkung widerrufen zu haben, so werde die „Wirkung" der nunmehr eintretenden „Bestätigung" „zurückgeführt auf die Zeit des gegebenen Geschenks, so daß Alles so behandelt werde, als ob die Schenkung gleich anfangs gültig gewesen wäre." „Auch dieses," so fügt er hinzu, „ist eine Folge der Gleichstellung mit der m. c. donatio, da bei dieser in der Regel eine gleiche Zurückführung der Gültigkeit eintritt." Fände in unserm Falle wirklich eine solche Zurückführung der Gültigkeit statt, so könnte sie keinesfalls den von Savigny angegebenen Grund haben. Aber es ist auch durchaus in Abrede zu stellen, daß zur Zeit der klassischen Juristen die mit dem Tod des Schenkgebers gültig gewordene Schenkung hinsichtlich ihrer Wirkung „auf die Zeit des gegebenen Geschenks" zurückgeführt worden sei. Unsere Quellen wenigstens wissen von dieser Zurückziehung nichts. Freilich bringt Savigny für seine Behauptung ein Zeugniß bei, aber dasselbe ist ein Gesetz Justinians vom J. 528, wodurch jene Behauptung nicht sowohl bestätigt, als vielmehr widerlegt wird.

L. 25. C. de donat. int. vir. et ux. (V, 16).

Donationes, quas parentes in liberos cuiuscunque sexus in potestate sua constitutos conferunt, vel uxor in suum maritum, vel maritus in suam uxorem, vel alteruter

55) S. 183.

eorum in aliam personam, cui constante matrimonio donare non licet, vel ipsae aliae personae in eam, cui donare non poterant, ita firmas esse per silentium donatoris vel donatricis sancimus, si usque ad quantitatem legitimam vel eam excedentes actis fuerint intimatae. Nam amplioris quantitatis donationem minime intimatam, nec per silentium eius qui donavit, confirmari concedimus. Sin vero specialiter eas in suprema voluntate donator vel donatrix confirmaverit, sine ulla distinctione ratae habebuntur, ita tamen, ut si quidem ultra lege finitam quantitatem expositae minime in actis insinuatae fuerint, specialis earum confirmatio ex eo tempore vim habeat, ex quo eaedem donationes confirmatae sunt. Sin vero vel non amplior sit donatio, vel cum amplior esset, in actis insinuata sit, tunc et silentium donatoris vel donatricis, et specialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit; sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt. Nec in ceterum subtilem divisionem facti vel iuris introduci posse.

Justinian beseitigt also für die Zukunft eine von den Juristen bisher festgehaltene subtilis divisio und erklärt, daß auch in dem hervorgehobenen Falle die nachträglich gültig gewordene Schenkung so behandelt werden solle, als ob sie gleich anfangs gültig gewesen sei.[55a]) Demnach fand bisher eine solche „Zurückziehung der Gültigkeit" nicht statt.

Ein Fall, wie ihn das Gesetz vor Augen hat, lag insbesondere dann vor, wenn ein Vater einem in seiner Gewalt befindlichen Kinde ein Geschenk gemacht hatte. Diese Schenkung war nämlich nach klassischem Recht nichtig. L. 1. §. 1. D. pro donato (XLI, 6) von Paulus. Si pater filio, quem in potestate habet, donet, deinde decedat, filius pro donato non capiet usu, quoniam nulla donatio fuit.

55a) Vgl. Windscheid, Pand. I. §. 83, Anm. 6 u. 10.

Entſprechend reſcribirten die Kaiſer Severus und Antoninus im J. 210: Si frater tuus in potestate patris in diem mortis perseveravit, donationes, quas a patre in eum conlatas esse adfirmas, nullius esse momenti dubitare non debes. Fragm. Vat. §. 295.

Auch darauf kam es nicht an, daß der Vater geſtorben war, ohne ſeinen Willen geändert zu haben. Vat. fragm. §. 294 aus Papinian's Reſponſen ... cum pater filiis quos habuit ac retinuit in potestate, donat, nihil prodest, non mutari voluntatem, quoniam, quod praecessit, totum inritum est.

Anders iſt die Sachlage, wenn der Vater das beſchenkte Kind aus ſeiner Gewalt entläßt, ohne ihm das peculium zu nehmen. L. 31. §. 2. D. de donat. (XXXIX, 5) von Papinian. Pater qui filiae, quam habuit in potestate, mancipia donavit et peculium emancipatae non ademit, ex postfacto donationem videbatur perfecisse. Derſelbe in Fragm. Vat. §. 260. Filius emancipatus, cui pater peculium non ademit, res quidem pro donato vel pro suo, quod iustam causam possidendi habet, usucapit. An dieſen, den Kindern bei der Emancipation gelaſſenen Geſchenken hatte der Vater überhaupt kein Recht mehr, ſo daß er dieſelben nicht etwa ex poenitentia wieder an ſich nehmen konnte. L. 17 C. de donat. (VIII. 54) von Diocletian aus dem J. 299. Sive emancipatis filiis res donasti, sive in potestate constitutis et sui iuris effectis ac tenentibus non ademisti, blandiri tibi non debes, veluti res donatas ex poenitentia liceat auferre ...

Ganz daſſelbe gilt von den Sclaven, die ſchon bei Lebzeiten des Herrn, nicht aber von denen, die erſt in ſeinem Teſtamente freigelaſſen worden, und eben ſo wenig von den Kindern, die durch den Tod des Vaters gewaltfrei werden. Daß zwiſchen dieſen Fällen ein weſentlicher Unterſchied ſtatt finde, hebt Papinian in Fragm. Vat. §. 261 ausdrücklich hervor. Peculium vindicta manumisso vel inter amicos si non adimatur, donari videtur . . . aliud in his placuit, qui testamento

libertatem acceperunt, *vel morte*[56]) parentis potestate solvuntur; quos amittere peculium, si non sit legatum, constitit; neque enim tacita liberalitas defuncti permittentis retinere peculium potuit intelligi.

Demnach ist der Fall, wo ein Vater seinem Kinde, das in seiner Gewalt verblieben ist, eine Schenkung gemacht hat, ohne seinen Willen geändert zu haben, anders zu beurtheilen, wie wenn ein Ehegatte dem andern gegen das allgemeine Verbot eine Schenkung gemacht und dieselbe bis zu seinem Tode nicht widerrufen hat. Auch dies hebt Papinian hervor. Nach den bereits oben mitgetheilten Worten: cum pater filiis, quos habuit ac retinuit in potestate, donat, nihil prodest, non mutari voluntatem, quoniam, quod praecessit, totum inritum est, fährt er nämlich so fort: unde cum filius in divisione bonorum penes fratrem, quod pater donaverat, errore lapsus, reliquit, portionem eius non esse captam usu, Servio Sulpicio placuit, quod neque frater ipse donaverat, neque pater donare poterat. Cur ergo, quod vir uxori dedit, morte soluto matrimonio, si voluntas perseveravit, fini decimarum auferri non oportere, maximi principes nostri suaserunt et ita senatus censuit? Sed nimirum liberi, qui repulsam donationis auctoritate iuris tulerunt, aliis rationibus ad bona patris perveniunt; ac plerique plus habere quam fratres iurgiis eiusmodi contendunt.

Aber bald ließ man bei den Geschenken, die der Vater an seine Hauskinder gemacht hatte, recepta humanitate eine mildere Auffassung eintreten. Abgesehen von Paulus S. R. V, 11. §. 3, einer Stelle, die als verdächtig außer Acht bleiben muß, heißt es schon in einer Constitution aus dem J. 256, daß, wenn durch eine Schenkung des Vaters an seinen filius familias andere Kinder in ihrem Pflichttheil verletzt seien, dieselben ihr Recht im Erbtheilungsverfahren geltend machen können, womit also zugestanden ist, daß die Schenkung an sich zu Recht bestehe. Ausdrücklich wird dieser Satz in verschiedenen Re-

56) So liest mit Recht Huschke in seiner Jurispr. anteiust.

ſcripten der Kaiſer Diocletian und Conſtantius aus dem J. 286 und in Reſcripten der Kaiſer Diocletian und Maximian aus den J. 293 u. 294 betont. Vat. fragm. §§. 277. 278 u. 281. L. 18. pr. C. famil. ercisc. (III, 36) u. L. 11. C. de donat. (VIII, 54). Die Vorausſetzung iſt nur, daß der Vater supremo iudicio die Schenkung nicht widerrufen habe, oder daß er in eodem iudicio perseverans geſtorben ſei. Proinde, ſo heißt es §. 281. cit., si pater, qui per epistulam res tibi dono dedit, non revocata liberalitate nec mutata voluntate, fatalem diem intestato obiit, inlibata donatio permanet, nisi tamen legis Falcidiae ratio comminui eam exegerit. . .

So lange der Vater noch lebte, war die Schenkung, wie die Kaiſer hervorheben, destinatio magis paternae voluntatis facta quam perfecta donatio: L. 11. C. cit. Erſt mit des Vaters Tode nahm ſie den letztern Character an. In einem Reſcript, das wahrſcheinlich dem J. 315 angehört, ſtellt Conſtantin ſie in dieſer Beziehung den mortis causa donationes gleich. Fragm. Vat. §. 274 . . . perseverantia voluntatis ad instar mortis causa donationis huiuscemodi liberalitatem redigi oportere.

Wenn nun aber auch die Schenkung mit dem Tode des Gewalthabers Gültigkeit erlangte, ſo wurde dieſe doch keineswegs bis auf die Zeit zurückbezogen, wo die Schenkung thatſächlich vorgenommen worden war. Von einer ſolchen Rückwirkung iſt in unſern Quellen keine Rede; erſt Juſtinian hat ſie durch das oben mitgetheilte Geſetz eingeführt.

Nachdem wir den Entwicklungsgang, den die Schenkungen des Gewalthabers an ſeine Hauskinder genommen, des Zuſammenhangs wegen bis zu Juſtinian hinaus verfolgt haben, müſſen wir zu der Auffaſſung der klaſſiſchen Juriſten zurückkehren. Dieſe behandelten eine ſolche Schenkung anders, wie in Folge der oratio divi Severi eine Schenkung unter Ehegatten behandelt wurde. Jene galt ſelbſt noch nach dem Tode des Vaters als nichtig, dieſe dagegen wurde mit dem Tode des Schenkgebers gültig.

Gültig aber war eine ſolche Schenkung nur in dem Sinne,

daß die Erben des Schenkgebers sie gelten lassen mußten, keineswegs aber in dem Sinne, daß sie hinterher als von Anfang an gültig betrachtet worden wäre; mit andern Worten, eine eigentliche Convaleſcenz mit rückwirkender Kraft fand nicht ſtatt. Die Milderung, welche die oratio an dem bisherigen Rechtszuſtande herbeiführte, beſtand nur darin, daß, wenngleich der Wille des Erblaſſers juriſtiſch bedeutungslos war, die Erben ſich doch auf dieſe Ungültigkeit nicht ſollten berufen dürfen. Ait oratio: fas esse, cum quidem qui donavit, poenitere; heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius, qui donaverit, durum et avarum esse. Die römiſchen Juriſten bezeichnen das Gültigwerden der Schenkung in unſerm Falle paſſend als Confirmation derſelben, ſo namentlich Ulpian in L. 32. §. 1. cit. Oratio autem imperatoris nostri de confirmandis donationibus,[57]) ein Ausdruck, der eben ſo wenig wie der entſprechende infirmari den Begriff der Rückwirkung involvirt.[58])

Die in Folge der oratio aufrecht erhaltenen Schenkungen unter Ehegatten unterſcheiden ſich aber nicht nur von denjenigen mortis causa donationes, bei welchen hinterher eine Rückwirkung eintritt, ſondern auch von den andern, bei denen eine ſolche Rückwirkung nicht eintritt, nämlich in dem wichtigen Punkte, daß beide Arten der m. c. donatio gleich anfangs, alſo ſchon bei Lebzeiten des Schenkgebers gültig ſind, während dagegen unſere Schenkungen erſt nach dem Tode deſſelben gültig werden. Demnach darf es denn auch nicht Wunder nehmen, wenn ſich herausſtellt, daß eine Schenkung unter Ehegatten ſelbſt nach der oratio andere Wirkungen hat, wie eine m. c. donatio.

Offenbar liegt für unſere Schenkungen eine andere Analogie viel näher als die Schenkung Todeshalber. Anſtatt mit Zimmern,

57) Vgl. noch z. B. L. 22. D. de pact. dot. (XXIII, 4) von Julian. L. 38. pr. D. de donat. int. v. et ux. von Ulpian. Fragm. Vat. §. 276 von Diocletian und L. 26. C. cit. von Juſtinian.

58) Wenn er alſo auch von den mortis causa donationes gebraucht wird, vgl. z. B. Antistius Labeo bei Fest. s. v. mort. c. stipulatio u. L. 30. D. de don. int. v. et ux. von Javolenus, ſo darf daraus für unſere Frage kein Schluß gezogen werden.

Savigny u. A. zu sagen, „es sei nunmehr (nämlich nach der oratio) jede einfache Schenkung unter Eheleuten gesetzlich in eine von jeher zulässig gewesene mortis causa donatio umgewandelt",[59]) ist vielmehr mit ältern Schriftstellern, z. B. Glück,[60]) zu sagen, jene Schenkung gelte jetzt „gleichsam als letzte Willensverordnung", oder sie sei „ihrer Natur und Wirkung nach den Vermächtnissen gleichgeachtet."

In der That wird diese Analogie auch von unsern Quellen hervorgehoben. So bemerkt Ulpian in L. 32. §. 1. cit., auf unsere Schenkung müsse auch die Lex Falcidia Anwendung finden: cui locum ita fore opinor, quasi testamento sit confirmatum quod donatum est. Sonderbarer Weise meint Löhr,[61]) diese Stelle scheine „nicht undeutlich auszusprechen, daß durch das SC. die an sich ungültigen donationes auf dieselbe Weise Gültigkeit erlangen, als wenn sie unter der Form einer mortis causa donatio gegeben worden wären," und mit Bestimmtheit behauptet Savigny,[62]) man habe die durch den Tod bestätigten Schenkungen unter Ehegatten demselben Abzug unterworfen, dem auch die Schenkungen auf den Todesfall durch eine Constitution von Severus unterworfen sind,[63]) und zwar aus dem Grunde, weil jene Schenkungen überhaupt als mortis causa donationes angesehen worden seien. Diese Verbindung ist durchaus willkürlich und wird durch die mitgetheilten Worte Ulpian's nicht bestätigt, sondern widerlegt. Eine mortis causa donatio bedarf der Confirmation im Testamente nicht, da sie schon an und für sich gültig ist; anders dagegen steht es mit den nach der Regel ungültigen Schenkungen unter Ehegatten. Und so sagt denn auch Africanus in der bereits oben mitgetheilten L. 109. D. de legat. I. Si quando quis uxori suae ea, quae vivus donaverat, vulgari modo leget, non de aliis donationibus videri eum sentire ait, quam de

59) Zimmern, Gesch. des röm. Privatrechts, I. S. 601 f.
60) Commentar XXVI. S 93, 96, 101, 103.
61) S. 237.
62) S. 270.
63) L. 5. C. ad leg. Falcid. (VI, 50). L. 3. C. de m. c. donat. (VIII, 57).

his quae iure valiturae non sunt. Allerdings sind die im Testament confirmirten Schenkungen unter Ehegatten als wirkliche Vermächtnisse zu betrachten, [64]) aber die zwar nicht so confirmirten, aber auch bis zum Tode nicht widerrufenen Schenkungen sollen nach der oratio divi Severi den confirmirten gleich geachtet werden.

Diese Gleichstellung tritt noch deutlicher in L. 32. §. 3. cit. hervor, wo Ulpian lehrt: *Poenitentiam* accipere debemus supremam. Proinde si uxori donavit, deinde eum poenituit, mox desiit poenitere, dicendum est, donationem valere, ut supremum eius spectemus iudicium; quemadmodum circa fideicommissa solemus vel in legatis, cum de doli exceptione opposita tractamus, ut sit ambulatoria voluntas eius usque ad vitae supremum exitum.

Auch die Kaiser Diocletian und Maximian stellen in einem Rescript vom J. 290 die Schenkungen unter Ehegatten den Fideicommissen gleich und gründen eben darauf die Anwendung der Lex Falcidia. L. 12. C. ad leg. Falcid. (VI, 50). In donationibus inter virum et uxorem factis legem Falcidiam habere locum, quando fideicommissi partibus funguntur, nonnullis iuris placitis comprehensum est. Deshalb konnte denn auch die Frage entstehen: an, quae vivus per donationem in uxorem contulit, in fideicommissi petitionem veniant. L. 68. de legat. II. von Paulus.

64) Freilich braucht die Erwähnung der Schenkung im Testamente nicht den Zweck zu haben, sie als Vermächtniß aufrecht zu erhalten, wie die Kaiser Diocletian und Maximian in einer interessanten Constitution aus den J. 287—290 hervorheben. L. 14. C. de donat. int. vir. et ux. (V, 16). Ex verbis, quae in postremis iudiciis inseruntur, licet ad fideicommissum vel legatum utilia sunt, non omnimodo legati vel fideicommissi persecutio datur, sed ita demum, si relinquendi studio huiusmodi verba fuerint adscripta. Unde te voluntatis, non iuris quaestionem in preces tuas contulisse palam est. Cum igitur lecto testamento animadvertimus, maritum tuum ex praecedente donatione dominium tibi conservasse, securitatique tuae ad obtinendam proprietatem cavisse, inditorum verborum conceptio non fideicommissum relictum ostendit, sed ex senatusconsulti auctoritate liberalitatem mariti tui, cui custodiendae etiam moriens prospexerit, quatenus firmare potuit dominium, mortis tempore tibi esse addictam.

Hiernach versteht es sich von selbst, daß bei den Schenkungen unter Ehegatten, die zufolge der oratio Severi mit dem Tode des Schenkgebers gültig werden, von einer Rückwirkung dieser Gültigkeit nicht die Rede sein kann.

Die älteste und auch im Verkehr häufigste Art der Schenkung ist die rei donatio. Wo von einer Schenkung schlechthin die Rede ist, denkt man im gewöhnlichen Leben zunächst nur an diese Art derselben. Auch die römischen Juristen haben diesen Sprachgebrauch adoptirt. „Als donatio im engsten und eigentlichsten Sinne bezeichnen die Römer die Eigenthumsübertragung aus reiner Liberalität, das dono oder donationis causa dare, im Unterschiede von den Schenkungsgeschäften, wodurch unentgeltlich ein Forderungsrecht in das Vermögen des Beschenkten gebracht oder dasselbe von einer Schuld befreit wird.“ [65]) Damit hängt es zusammen, daß die Lehre von den Schenkungen noch in Justinian's Institutionen bei der Lehre vom Eigenthumserwerb dargestellt wird. [66])

Auch die oratio divi Severi bezog sich ihrem Wortlaute nach nur auf rerum donationes. Darauf deuten vor allem die Bruchstücke, welche uns von derselben erhalten sind, nämlich nicht nur der Ausdruck eripere in L. 32. §. 1. cit., statt dessen Papinian in den Fragm. Vat. §. 294 den synonymen auferre gebraucht, sondern auch die uns sonst noch bekannten Worte der oratio: consumpsisse und qui donatum accepit. L. 32. §§. 9. und 14. eod. Dazu kommen nun noch zwei Aeußerungen Papinian's in Fragm. Vat. §. 294 und in L. 23. D. h. t. An der erstern Stelle fragt er nämlich: Cur ergo quod vir uxori dedit, ... auferri non oportere maximi principes nostri suaserunt. Entscheidend aber ist die andere Stelle, wo Ulpian berichtet: Papinianus recte putabat, orationem divi Severi ad rerum donationem pertinere. Nach dem Zusammenhang kann diese Bemerkung keinen andern Sinn haben als den, die oratio be-

65) Böcking, Institt. I. S. 368.

66) Inst. II, 7. Vgl. Savigny S. 2 f. Böcking a. a. O. §. 106. Anm. 27.

ziehe sich nur auf rerum donationes.[67]) Zur Bestätigung dient endlich noch ein Reskript des Kaisers Diocletian vom J. 290. Fragm. Vat. §. 276 (nach Huschke). Si, ut *ais, pater* tuus nomine matris tuae de sua pecunia *res quasdam emit donationis* causa eique tradidit et decedens non revocavit, *(contra)* id *quod in eam* contulisse videtur, intellegis, frustra te velle experiri, cum oratione divi Severi huiusmodi donationes post obitum eorum qui donaverunt, confirmentur.[68])

Löhr, Puchta und Savigny nehmen dagegen an, die oratio habe alle Formen der Schenkung umfaßt, also nicht nur das dare, sondern auch das obligare und liberare donationis causa. Aber die Gründe für diese Annahme sind durchaus hinfällig. Dieselben laufen im Wesentlichen darauf hinaus, daß Ulpian an zwei Stellen sage, die oratio beziehe sich auf sämmtliche Schenkungen unter Ehegatten (omnes oder universas donationes). Wären diese Ausdrücke wirklich so zu verstehen, wie man hiernach annimmt, so würde Ulpian sich selbst widersprechen, da er in L. 23. cit. die Bemerkung Papinian's, die oratio beziehe sich nur auf rerum donationes, ausdrücklich bestätigt: Papinianus recte putabat.

Jene Ausdrücke haben aber auch, wie der Zusammenhang klar ergibt, eine ganz andere Bedeutung, als man ihnen beilegen möchte. L. 32. §. 1. D. cit. Oratio autem imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparatae sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas... §. 23... et generaliter universae donationes, quas impediri diximus, ex oratione valebunt. An der erstern Stelle bilden die Worte omnes donationes offenbar einen Gegensatz zu den vorhergehenden ea quae nomine uxoris a viro comparatae sunt, wie auch Puchta zugibt[69]), und erhalten durch diese Beziehung ganz von selbst eine engere Bedeutung. Die

67) Vgl. Puchta S. 345. Vangerow S. 419 f.
68) Vgl. Wächter S. 109 u. Puchta S. 342.
69) Vgl. S. 336.

Sachen, welche der Mann für die persönlichen Bedürfnisse der Frau angeschafft hatte, ihr im Testament zu vermachen, war etwas Gewöhnliches, und ein solches Legat war besonders begünstigt, insofern die Lex Falcidia hierauf keine Anwendung fand. L. 81. §. 2. D. ad leg. Falc. (XXXV, 2) von Gaius. Sed et de his quoque rebus, quae mulieris causa emptae, paratae essent, ut hae quoque extra modum legis essent, nominatim ipsa Falcidia lege expressum est. Indem nun die Regel der Lex Falcidia auch auf die durch die oratio Severi bestätigten Schenkungen unter Ehegatten angewandt wurde, mußte auch jene Ausnahme hier eingeräumt werden. In der That spricht Ulpian in der zweiten Hälfte der L. 32. §. 1. cit. ausdrücklich von der Anwendung der Falcidia auf donationes inter virum et uxorem.

Wenn nun aber der Ausdruck omnes donationes durch die angegebene Beziehung „an seiner Allgemeinheit" wesentlich verliert, so soll dagegen, wie Puchta[70]) meint, die andere „gleiche Aeußerung im Verlauf des Fragments ganz bestimmt, unbeschränkt und unzweideutig" sein. Um diese Aeußerung richtig zu verstehen, ist aber vor allem ein Mißverständniß zu beseitigen.

Zwei Fragen sind nämlich wohl von einander zu unterscheiden, erstlich, welche Fälle die oratio nach ihrem Wortlaut im Auge hatte, und dann, ob das Gesetz nicht etwa hinterher noch auf andere Fälle ausgedehnt worden sei. Nun ist es allerdings richtig, daß schon zu Ulpian's Zeit alle Schenkungen unter Ehegatten, die nur wegen des allgemeinen Schenkungsverbots nichtig waren, zufolge der oratio als gültig betrachtet wurden, wofern der Schenkgeber sie bis zu seinem Tode nicht widerrufen hatte; aber dieses Resultat ist erst ein Produkt der interpretatio. Die Juristen wandten nämlich die oratio auch auf solche Fälle an, die wörtlich gar nicht darunter fielen. Demnach ist es buchstäblich zu verstehen, wenn Ulpian sagt: universae donationes, quas impediri diximus (nämlich nach dem frühern Recht: L. 32. init.: Cum hic status esset do-

70) S. 336.

nationum inter virum et uxorem, quem antea retulimus) ex oratione valebunt. Aber der Jurist sagt auch nur: ex oratione valebunt, behauptet dagegen keineswegs, daß die oratio alle Schenkungen überhaupt, nicht bloß die in dando, sondern auch die in obligando und liberando bestehenden, ausdrücklich genannt habe. In dieser Beziehung ist der Wechsel des Ausdruckes, wie er sich aus einer Vergleichung des §. 1. cit. mit der angeführten Stelle ergibt, von Interesse. In §. 1. sagt nämlich Ulpian: Oratio ... non solum ad ea pertinet, quae ..., sed ad omnes u. s. w.

Wir haben also von dem Satze auszugehen, daß die oratio Severi ausdrücklich nur die rerum donationes berücksichtigte. Hatte ein Ehegatte dem andern eine Sache donationis causa tradirt, so wurde die Schenkung mit seinem Tode gültig, wenn er sie bis dahin nicht widerrufen hatte. Im Augenblick seines Todes ging das Eigenthum, das bisher bei dem Schenkgeber verblieben war, ipso iure auf den Beschenkten über. L. 14. C. de donat. int. vir. et ux. (V, 16) ... ex senatusconsulti auctoritate liberalitatem mariti tui .... mortis tempore tibi esse addictam. L. 32. §. 1. cit. ... ut et ipso iure res fiant eius, cui donatae sunt et u. s. w. Einer abermaligen Tradition bedurfte es also nicht. Anderseits ist aber auch von einer Rückwirkung des Eigenthumserwerbs, wie sie der Regel nach bei den mortis causa donationes stattfindet, hier keine Rede.

Die Bestimmung der oratio wurde von den Juristen aber auch auf das donationis causa liberare angewandt. Vergegenwärtigen wir uns den Stand der Dinge vor der oratio: „Sollte die Schenkung unter Ehegatten durch einen Erlaßvertrag (wie Acceptilation) bewirkt werden, so gilt dieser als nicht geschlossen, d. h. die Schuld dauert unverändert fort.“[71]) L. 3. §. 10. D. de don. int. vir. et ux. (XXIV, 1). Anders bei einer mortis causa geschehenen Acceptilation. Diese ist von Anfang an gültig; nur kann sie der Regel nach vom Schenkgeber bis zu seinem Tode widerrufen werden, so

71) Savigny S. 173 f.

daß derselbe, als ob nichts geschehen wäre, nach wie vor die Klage aus der Obligation anstellen kann. Jedenfalls aber zerfällt die Schenkung, wenn der beschenkte Gatte vor dem Schenkgeber stirbt.

Zufolge der oratio wurde nun aber auch eine nicht mortis causa geschlossene Acceptilation hinterher gültig, nämlich mit dem Tode des Schenkgebers L. 32. §. 23. D. cit. Sive autem res fuit, quae donata est, sive obligatio remissa, potest dici, donationem effectum habituram, utputa uxori acceptum tulit donationis causa, quod debeat. Daß diese Form der Schenkung nicht unter den Wortlaut der oratio falle, zeigt schon der Ausdruck potest dici, womit Ulpian die Möglichkeit einer andern Auffassung anerkennt. Von einer Rückwirkung kann hier so wenig die Rede sein, wie bei der rei donatio. Freilich scheint dieser Behauptung die Fortsetzung der Stelle zu widersprechen. Unmittelbar nach den mitgetheilten Worten heißt es nämlich: potest dici, pendere acceptilationem non ipsam, sed effectum eius. Aber dieser Satz, der schon durch seine ungeschickte Anknüpfung auffällt, ist von den Compilatoren interpolirt, und zwar aus Gründen, die sich später ergeben werden.

Von ganz besonderem Interesse ist die Frage, welchen Einfluß die oratio auf die Gültigkeit einer Schenkungsstipulation unter Ehegatten ausgeübt habe. Unstreitig war eine einfache donationis causa vorgenommene Stipulation nichtig; der Ehegatte konnte aus dem Versprechen nicht belangt werden und wenn er dasselbe freiwillig erfüllt hatte, den Werth der Leistung condiciren. Dagegen war die mortis causa stipulatio zwar von Anfang an gültig, aber in der Regel widerruflich. Außerdem zerfiel sie ipso iure, falls der beschenkte Gatte vor dem Promittenten verstarb.

Welche Aenderungen führte nun die oratio in dieser Beziehung herbei? Vor Allem ist zuzugeben, daß Seitens der oratio kein Hinderniß entgegenstand, ihre Bestimmung auch auf diese Form der Schenkung anzuwenden. Im Uebrigen aber haben wir zwei Fälle von einander zu unterscheiden, nämlich den, wo der Promittent sein Versprechen thatsächlich

bereits erfüllt hat, und den andern, wo es bis zu seinem Tode beim bloßen Versprechen geblieben ist.

Die Behandlung des ersten Falles kann keinem Zweifel unterliegen: so weit der schenkende Ehegatte seinem Versprechen nachgekommen ist, mußte es nach seinem Tode dabei sein Bewenden haben.

Wie aber, wenn das Versprechen bis zum Tode des Promittenten noch gar nicht zur Ausführung gekommen ist? Unsere Quellen geben uns auf diese Frage eine ganz bestimmte Antwort, nämlich daß gegen die Erben des Promittenten eine Klage nicht zustand. L. 23. D. h. t. Papinianus recte putabat... denique si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit. Dieser Satz geht auch noch aus einer andern Stelle unzweideutig hervor. Wenn nämlich Ulpian in L. 32. §. 23. cit. sagt: Sive autem res fuit, quae donata est, sive obligatio remissa, potest dici, donationem effectum habiturum, so ist die Nichterwähnung der Stipulation sehr bezeichnend. Wäre auch sie durch den Tod des Promittenten confirmirt worden, so würde Ulpian gewiß nicht bloß von einer obligatio remissa gesprochen haben.[72])

Wie bereits früher bemerkt, haben Faber und Löhr vorgeschlagen, das Wörtchen recte in L. 23. cit. zu tilgen. Natürlich wäre das nichts als ein Gewaltstreich. Ließe sich ein solches Verfahren aber auch kritisch rechtfertigen, so wäre damit sachlich immer noch nichts gewonnen. Ulpian ist nämlich keineswegs anderer Meinung als Papinian, sondern stimmt mit demselben, wie aus L. 32. §. 23. cit. hervorgeht, vollständig überein. Deshalb stürzt denn auch die Erklärung, welche Savigny[73]) aufzustellen versucht, zusammen. Nach Savigny soll nämlich Ulpian „zwei verschiedene Behauptungen des Papinian" referiren: „die Anwendung des Senatsschlusses auf die Traditionen, die Nichtanwendung auf

72) Vangerow I. S. 421.
73) S. 190 ff.

Stipulationen." Nur die erste Behauptung, meint er, billige Ulpian, über die zweite erkläre er sich wörtlich gar nicht; denn er sage recte putabat ... ad rerum donationem pertinere; denique ... non putabat u. s. w. Auf den Einwurf, daß Ulpian, wenn er die zweite Behauptung nicht gebilligt habe, derselben einen ausdrücklichen Widerspruch habe entgegen setzen müssen; erwidert Savigny, es sei auch „nicht unwahrscheinlich", daß Ulpian dieses wirklich gethan habe, und daß nur die Compilatoren den Widerspruch weggestrichen hätten. Aber die ganze Unterscheidung zwischen einer von Ulpian gebilligten und einer von ihm gemißbilligten Behauptung Papinian's ist nicht nur grundlos, sondern wird auch durch L. 32. §. 23. widerlegt. Savigny gibt selbst zu, daß es an sich „das Natürliche" sei, „die Billigung als stillschweigend wiederholt in die zweite Behauptung hineinzutragen."

Die Meinung, daß die römischen Juristen über unsere Frage überhaupt gestritten hätten,[74]) ist durchaus irrig. Von einem solchen Streit sind keine Spuren zu entdecken, insbesondere darf die L. 23. cit. nicht dafür angeführt werden.

Puchta[75]) hat den bereits von frühern Schriftstellern geäußerten Gedanken aufgenommen, die oratio Severi sei eine andere, als die oratio Antonini, von welcher Ulpian sonst spreche. „Hiernach hätte Severus früher die Convalescenz nur sehr beschränkt eingeführt; durch ein neues Gesetz vier Jahre vor seinem Tode wäre sie dann auf alle Schenkungen ausgedehnt worden." Dieser Ansicht aber steht, wie Savigny[76]) hervorhebt, „zuerst der Umstand entgegen, daß schwerlich über eine so isolirte Rechtsfrage innerhalb weniger Jahre zwei Senatsschlüsse erlassen sein möchten. Ferner, daß sich in den nicht wenigen Stellen, die davon reden, doch wohl irgend eine Spur von zwei Beschlüssen erhalten haben müßte; dieses ist aber so wenig der Fall, daß vielmehr die Juristen

74) Wächter S. 120.
75) S. 345.
76) S. 189 f.

und die Kaiser willkürlich und sorglos ganz abwechselnde Bezeichnungen gebrauchen, welches nur unter der Voraussetzung eines einzigen Beschlusses gefahrlos geschehen konnte. Ganz besonders aber spricht gegen jene Annahme die historische Einleitung, womit Ulpian die Hauptstelle über diesen Gegenstand eröffnet. Er setzt hier entgegen den älteren Zustand der Schenkungen (nach ius civile) und den Senatsbeschluß, ut aliquid laxaret ex iuris rigore. Der Beschluß, von dem er hier redet, ist nach Puchta's Meinung der neuere, und er konnte unmöglich als das Eigenthümliche desselben die Milderung des iuris rigor angeben, wenn eine solche Milderung, nur in einem etwas geringern Grade, schon früher vorgenommen worden war." Die Unterscheidung zweier Senatsschlüsse hat denn auch trotz Puchta's Vertheidigung keine weitere Anhänger gefunden.[77])

Schließlich ist noch der neuerdings von Schütze[78]) versuchten Erklärung zu gedenken. Derselbe will nämlich L. 23. cit. von dem Falle verstehen, wenn der Ehemann sich donandi animo als sponsor verpflichtet habe. Wenngleich die Schenkung, so sei Papinian's Meinung, nach der oratio convalesciren müsse, könne doch der Erbe nicht belangt werden, weil die Verpflichtung aus einer sponsio nicht auf die Erben übergehe. Gai. III. 100. Aber diese „Idee" ist schon von Vangerow[79]) und Arndts[80]) mit Recht als unhaltbar bezeichnet worden.

So hat es also nicht an Bemühungen gefehlt, den klaren Sinn der L. 23. cit. zu beseitigen. Daß die Stelle an sich „undeutlich" sei, wie Puchta[81]) behauptet, ist ungerechtfertigt. Erscheint sie schließlich unklar, so ist das nicht Ulpian's Schuld, sondern die unserer Interpreten, die gar nicht mißzuverstehende Worte auf's Aergste mißhandeln.

---

77) S. dagegen noch Vangerow, I. S. 420, und früher schon Glück XXVI. S. 91 ff., 108 f.

78) Jahrb. von Bekker und Muther, III., S. 114 ff.

79) I., S. 420.

80) Pand., §. 414, Anm. 4 a. E.

81) S. 346.

Es steht also fest, daß zur Zeit der klassischen Juristen eine Schenkungsstipulation mit dem Tode des Promittenten nicht klagbar wurde. Was war nun der Grund dieses Satzes? In dieser Beziehung ist allerdings eine Meinungsdifferenz zwischen Papinian und Ulpian zu constatiren. Papinian stützte jenen Satz auf den Wortlaut der oratio, Ulpian dagegen hielt, obgleich er im Resultat mit Papinian übereinstimmte, den Wortlaut keineswegs für entscheidend.

Daß Papinian so argumentirte, wird durch L. 23. cit. auf's bündigste bewiesen; eben so deutlich aber geht aus andern Stellen hervor, daß Ulpian anders dachte. Nach seiner Ansicht mußte die oratio, wenn sie sich auch ihrem Wortlaut nach nur auf rerum donationes bezog, doch ihrem Geiste nach eine weitere Anwendung finden. Deshalb wandte er sie zunächst noch auf die acceptilatio oder, wie es in L. 32. §. 23. cit. heißt, die obligatio remissa an, und trug kein Bedenken, sie an sich auch auf ein Schenkungsversprechen anzuwenden. In dieser Beziehung macht Puchta mit vollem Recht auf die gewöhnlich übersehenen §§. 24. 25. und 26. der L. 32. aufmerksam. Diese Stellen lauten: Si inter virum et uxorem societas donationis causa contracta sit, iure vulgato nulla est, nec post decretum senatus emolumentum ea liberalitas, ut actio pro socio constituatur, habere poterit; quae tamen in commune tenuerunt, fine praestituto [82]) revocanda non sunt. Idcirco igitur pro socio actio non erit, quia nulla societas est, quae donationis causa interponitur, nec inter ceteros, et propter hoc nec inter virum et uxorem. §. 25. Idem erit dicendum, et si emptio contracta sit donationis causa; nam nulla erit. §. 26. Plane si minoris res venierit donationis causa vel postea pretium sit remissum, admittemus, donationem valere ad senatusconsultum. „Die

81) Diese Worte hatten ursprünglich den nämlichen Sinn wie die früher besprochene finis decimarum in Fragm. Vat. §. 294; in den Pandekten kommt ihnen aber nur der triviale Sinn zu: nach den in dem Societätscontract enthaltenen Bestimmungen. Savigny, S. 182, Anm. f.

Frage ist", wie Puchta[83]) hervorhebt, „nicht, ob das Miteigenthum oder Eigenthum in Folge einer nach jenen Verträgen geschehenen Tradition erworben werde, sondern ob die persönliche Klage entstehe. Hier ist also von einer geschenkten Forderung gegen den Schenker (der Forderung aus der Societät, dem Kaufvertrag) die Rede, mithin in der That von einem Schenkungsversprechen. Diese Frage nun hätte Ulpian in dieser Art nicht aufwerfen können," wenn er geglaubt hätte, daß die oratio an sich schon auf ein Schenkungsversprechen nicht anwendbar sei, „oder wenn er sie aufwarf, hätte er sie aus diesem Grunde verneinen müssen. Das thut er aber nicht: die Forderung entsteht vielmehr nur deswegen nicht, weil der Vertrag an und für sich ungültig ist, weil eine actio empti und pro socio hier überall, auch unter Nichtehegatten nicht entstehen würde: idcirco igitur pro socio actio non erit, quia nulla societas est, quae donationis causa interponitur, nec inter ceteros; et propter hoc nec inter virum et uxorem. Dies ist so entscheidend, daß, wie ich glaube, nach diesen Stellen allein ... angenommen werden müßte, Ulpian habe die oratio auch auf Schenkungsversprechen bezogen." Noch genauer wäre es, zu sagen, Ulpian habe die oratio an sich auch auf Schenkungsversprechen für anwendbar gehalten; keineswegs aber ist der Schluß erlaubt, den Puchta daraus zieht, die oratio selbst habe sich auf Schenkungsversprechen bezogen, diese also schon nach ihrem Wortlaut umfaßt.

Der historische Zusammenhang ist ohne Zweifel folgender. Die oratio Severi fällt in die letzten Lebensjahre Papinian's[84]), und bis zu seinem Tode, wenigstens bis zur Abfassung seiner Responsa, aus denen die von Ulpian in L. 23. cit. citirte Aeußerung entnommen sein wird, trug man noch Bedenken, die Bestimmung des Gesetzes auf andere Schenkungen anzuwenden, als von denen sie ausdrücklich redete. Demnach durfte denn Papinian die Frage, wie es mit einer Schen-

83) S. 337. Vgl. Savigny S. 185.
84) Wächter S. 118. Anm. 16. Vgl. Puchta S. 346.

kungsstipulation zu halten sei, durch einfache Verweisung auf den Wortlaut der oratio beantworten. Zu Ulpian's Zeiten dagegen, insbesondere als derselbe seinen Commentar ad Sabinum schrieb, stand bereits fest, daß das Gesetz allerdings noch auf andere Schenkungen als auf rerum donationes Anwendung finden müsse. Unbedenklich wandte man es auch auf die Acceptilation an, und so konnte man die Frage, ob nicht auch eine Stipulation mit dem Tode des Schenkers confirmirt werde, nicht mehr durch einen bloßen Hinweis auf den Wortlaut des Gesetzes erledigen. Da nun aber Ulpian darin mit Papinian vollständig einverstanden war, daß jene Frage zu verneinen sei, so durfte er seine abweichende Motivirung dem Leser nicht vorenthalten. So erklärt sich denn auch die eigenthümliche Fassung der L. 23. cit., worauf Puchta[85]) abermals mit Recht hinweist. „Die Fassung der Stelle", so hebt Puchta hervor, „hat eine auffallende historische Farbe; sie liegt besonders in der Wiederholung des Wortes putabat; denique ... non putabat conveniri posse. Diese Redeweise würde bei Weitem mehr für einen historischen Satz, der zwar früher ganz richtig war, aber jetzt nicht mehr galt, als für die Berufung auf einen auch jetzt noch gültigen passen." Allerdings war der Satz des Papinian auch jetzt noch gültig, nur traf seine Motivirung nicht mehr zu. Es bedurfte vielmehr einer neuen, und diese ist es, welche die Compilatoren getilgt haben, da auch sie für ihre Zeit nicht mehr zutraf.

Es erübrigt also noch die Frage, auf welche Weise Ulpian den Satz Papinians gerechtfertigt habe. Diese Frage ist aber nicht schwer zu beantworten. Die an sich absolut nichtige Schenkung unter Ehegatten wurde zwar nach der oratio Severi mit dem Tode des Schenkgebers gültig, aber in keinem andern Sinne, als daß der Erbe des Gebers sich auf die Nichtigkeit der Schenkung nicht berufen durfte. Von einer Rückwirkung der Gültigkeit war keine Rede.

Hieraus ergiebt sich aber für die Schenkungsstipulation, daß der Confirmation derselben von einer ganz andern Seite,

85) S. 343.

als der der oratio, ein unüberwindliches Hinderniß im Wege steht. Die Stipulation könnte ja überhaupt erst nach dem Tod des Promittenten gültig werden, also erst in der Person seines Erben entstehen. Eben dies aber ist unmöglich: generaliter placuit, ab heredis persona obligationem incipere non posse. Gai. III, 158.

Es ist in der That auffallend, daß man diese Erklärung nicht schon längst aufgestellt hat, und zwar um so mehr, als z. B. Savigny es für nöthig hielt, besonders darzuthun, daß die Gültigkeit einer mortis causa stipulatio mit jenem Princip nicht im Widerspruch stehe. Während es aber eines solchen Nachweises gar nicht bedarf, weil die mortis causa stipulatio von Anfang an gültig ist, also der Promittent selbst schon als Schuldner erscheint, ist die Anwendung jenes Princips auf unsern Fall ganz unvermeidlich. Sollte dieselbe beseitigt werden, so hätte das nur mit Hülfe einer Fiction geschehen können; von einer solchen ist aber nirgends die Rede.

Zwischen dem Falle, wo eine unter Ehegatten donationis causa geschlossene Stipulation bei Lebzeiten des Schenkgebers bereits erfüllt worden ist und die Erben es dabei bewenden lassen müssen, und dem andern, wo der Promittent das Versprechen bis zu seinem Tode unerfüllt gelassen hat und die Erben auf Erfüllung nicht belangt werden können, liegt noch ein dritter Fall in der Mitte, nämlich der, wo der eine Ehegatte dem andern eine Reihe von terminlichen Leistungen, deren Zahl von dem Leben des Schenknehmers abhängen soll, zugesagt hat, also die stipulatio annui oder menstrui.

Es war etwas ganz Gewöhnliches, daß der Mann seiner Frau ein gewisses Jahr- oder Monatsgeld für ihre Bedürfnisse gewährte; nicht selten sagte er ihr dasselbe förmlich im Voraus zu. Ein solches annuum oder menstruum wird in unsern Quellen oft genug erwähnt.[86]) Im Allgemeinen fällt

86) Vgl. z. B. L. 22. D. de pact. dotal. (XXIII, 4) von Julian. L. 15. pr. L. 28. §. 6. und L. 33. pr. D. de donat. int. vir. et ux. (XXIV, 1) von Ulpian. L. 10. §. 2. D. de ann. legat. (XXXIII, 1) von Papinian u. s. w.

dasſelbe unter den Begriff der Schenkung. L. 22. D. cit... quod annui nomine datur, species est donationis. L. 33. pr. D. de donat. int. vir. et ux. (XXIV, 1) von Ulpian: ..in annuo quoque donatio vertitur. Aber ſoweit die Leiſtung alimentorum nomine gemacht wird, liegt doch nur inſofern eine Schenkung vor, als der Betrag über das Bedürfniß hinausgeht. Bis zu dieſer Grenze iſt Compenſation zuläſſig. L. 21. §. 1. D. de donat. int. vir. et ux. (XXIV, 1) von Ulpian ... si convenerat, uti se mulier pasceret suosque homines, idcirco passus est eam dote sua frui, ut se suosque aleret, expeditum est; puto enim non posse ab ea peti quasi donatum, quod compensatum est. Das Bedürfniß aber wird weſentlich nach der Größe der dos beſtimmt. L. 15. pr. eod. von Ulpian: Ex annuo vel menstruo, quod uxori maritus praestat, tunc quod superest, revocabitur, si satis immodicum est, id est, supra vires dotis.

Auch Puchta[87]) hebt richtig hervor: „Ein Jahrgeld, das der Mann der Frau gibt, iſt keine ungültige Schenkung, ſoweit es nicht das billige Maß überſteigt; ob er den Unterhalt der Frau, zu dem er als Mann moraliſch verpflichtet iſt, durchgängig ſelbſt beſorgt oder ihr, wie man es bei Sclaven und auch bei Söhnen zu machen pflegte, die Beſorgung ganz oder theilweiſe mit Anweiſung einer Summe überläßt, iſt gleich."

Wenn umgekehrt die Frau ihrem Manne ein annuum oder menstruum ausſetzt, ſo liegt darin jedenfalls eine Schenkung, „da der Mann die Frau, nicht die Frau den Mann zu ernähren hat."[88])

Was nun die Gültigkeit einer ſolchen Schenkung an die Frau anbetrifft, ſo ſteht zunächſt ſoviel feſt: während der Ehe iſt eine Klage auf Zahlung des annuum oder menstruum undenkbar; anderſeits können aber auch nach Auflöſung der Ehe die bereits gemachten Leiſtungen keineswegs von den Erben des Schenkgebers zurückgefordert werden. L. 11. C. de donat.

87) S. 337 f.
88) Puchta S. 338.

int. v. et ux. (V, 16) von Gordianus aus dem J. 241. Sicut cessat petitio quantitatis, quam de suo maritus uxori in menses singulos vel annos singulos proprii usus eius gratia promittit, ita ex ea causa nummi soluti erogatique non dari repetitionem manifestum est.

Wie verhält es sich nun aber mit den für die Zukunft noch verheißenen Prästationen, — können diese jetzt von der Frau gegen die Erben des Mannes eingeklagt werden?

Ulpian hat diese Frage bejaht. L. 33. pr. D. de donat. int. v. et ux. - - Si stipulata fuerit mulier annuum, id ex stipulatu petere constante matrimonio non potest. Sed si manente matrimonio decessisse maritus proponatur, puto, quia in annuo quoque donatio vertitur, posse dici, stipulationem confirmari ex senatusconsulto. Einzelne Handschriften lesen statt stipulationem vielmehr donationem; aber es ist durchaus kein Grund vorhanden, von der Lesart der Florentina abzuweichen. Wegen des unmittelbar vorhergehenden donatio konnte ein Abschreiber zwar leicht donationem statt stipulationem, nicht aber umgekehrt stipulationem statt donationem setzen.

Aber redet Ulpian in dieser Stelle auch wirklich von dem Falle, den wir vorausgesetzt haben? Schon dieser Punkt ist sehr bestritten. Einzelne Schriftsteller meinen nämlich, Ulpian wolle nur sagen, „daß die bereits empfangenen Jahrgelder durch den Tod des Schenkers unwiderruflich erworben seien." Aber diese Ansicht ist durchaus unhaltbar. „Der Versuch, diese Stelle auf die Convalescenz der bereits empfangenen Jahrgelder zu beschränken, würde", wie das Rostocker Erkenntniß mit Recht hervorhebt,[89]) „nur bei der Vertauschung der in der Florentina enthaltenen Lesart stipulationem mit dem Worte donationem mit einigem Scheine zu vertheidigen sein; es würde aber unter dieser Voraussetzung nach der richtigen Bemerkung Wächters[90]) das entscheidende Bedenken bleiben, daß der von Ulpian offenbar beabsichtigte

89) Seufferts Archiv XII. S. 52.
90) S. 109, Anm. 4.

Gegensatz zu dem Eingange (id ex stipulatu petere constante matrimonio non potest) ganz verloren ginge."

Eben so wenig aber kann Ulpian behaupten wollen, daß eine Stipulation, die der Promittent selbst noch gar nicht zu erfüllen angefangen habe, mit seinem Tode gültig werde; denn in L. 23. cit. lehrt er das Gegentheil. Es bleibt also gar nichts Anderes übrig als anzunehmen, Ulpian rede von dem Versprechen eines Jahrgeldes, das der Promittent schon bei seinen Lebzeiten gezahlt habe.

Diese Ansicht ist denn auch schon von ältern Juristen vertheidigt worden, so namentlich von Connanus, Bachov und Vinnius. Dagegen erklärt sich von den neuern Juristen besonders Puchta.[91]) Abgesehen davon, daß derselbe die Voraussetzung, „die Stipulation möchte vielleicht schon während der Ehe theilweise erfüllt worden sein", nicht für einen „scheinbaren Grund" hält, um die von der Regel abweichende Entscheidung zu motiviren, behauptet er, „daß von diesem Motiv in der Stelle selbst keine Spur vorkomme." Aber diese Behauptung ist unrichtig. Es fehlt in der That nicht an positiven Andeutungen dafür, daß Ulpian sich den Fall so dachte, wie oben angegeben. Um dies darzuthun, müssen wir die Stelle in ihrem Zusammenhange betrachten.

L. 33. cit.

Si stipulata fuerit mulier annuum, id ex stipulatu petere constante matrimonio non potest. Sed si manente matrimonio decessisse maritus proponatur, puto, quia in annuo quoque donatio vertitur, posse dici, stipulationem confirmari ex senatusconsulto. §. 1. Si uxor marito annuum versa vice praestiterit, restituetur ei hoc et poterit vindicare id quod extat; credo, poterit et condicere, in quantum locupletior factus est, quia non tam sollemne est annuum, quod maritus uxori pendit et quod uxor marito praestat; imo incongruens est et contra sexus naturam. §. 2. Et si forte maritus ab uxore stipulatus sit id annuum de-

91) S. 338.

cesseritque mulier constante matrimonio, dicendum erit, ex oratione donationem convalescere.

Im pr. spricht Ulpian von dem Falle, wenn der Mann seiner Frau, in §. 2 von dem umgekehrten Falle, wenn die Frau ihrem Manne ein annuum versprochen hat (si stipulata fuerit mulier annuum — et si forte maritus ab uxore stipulatus sit id annuum). Trotzdem heißt es von dem ersten Falle nur zweifelnd: puto, ... posse dici, stipulationem confirmari ex senatusconsulto, dagegen von dem andern sehr entschieden: dicendum erit, ex oratione donationem convalescere. Wollte Ulpian auch in diesem zweiten Falle die Stipulation für gültig erklären, so wäre es unbegreiflich, warum er das dort nur zaghaft, hier dagegen, wo es sich um ein naturwidriges Verhältniß handelt, mit aller Entschiedenheit thut. In der That spricht er auch nicht von einer Confirmation der Stipulation, sondern von einer Convalescenz der Schenkung. Dort heißt es nämlich stipulationem confirmari, hier donationem convalescere, ein Wechsel des Ausdrucks, der seine gute Bedeutung haben muß. Es leuchtet denn auch bald ein, was Ulpian unter der donatio versteht: nichts anderes als die auf Grund der Stipulation bereits gezahlten Jahrgelder. Der Ausdruck ist also in seinem engern Sinne genommen, wonach er eine Schenkung in der Form der Eigenthumsübertragung (dare) bezeichnet. Demnach meint Ulpian, wenn die Frau dem Manne ein annuum versprochen und auch wirklich gezahlt habe, so stehe den Erben der Frau deshalb ein Rückforderungsrecht nicht zu. Wie jetzt, nach dem Tode der Frau, die Stipulation zu behandeln sei, ob nämlich die Erben auf Fortzahlung des Jahrgeldes belangt werden können, wie in dem umgekehrten Falle, darüber spricht er sich nicht aus.

In §. 1 hebt Ulpian dagegen hervor, daß die Frau selbst das Jahrgeld, was sie ihrem Manne gezahlt habe, nicht nur vindiciren, sondern auch, soweit der Mann noch bereichert sei, condiciren könne. Von Compensationsansprüchen, wie sie die Frau in demselben Falle gegen ihren Mann erheben dürfte, kann natürlich keine Rede sein.

Sehen wir uns nun die logische Disposition der L. 23. cit. näher an, so kann es nicht wohl einem Zweifel unterliegen, daß Ulpian, ehe er von dem Falle sprach, si stipulata fuerit mulier annuum, den andern erörtert habe, si maritus uxori annuum praestiterit. Von dieser vorausgehenden Erörterung aber haben wir, wie es scheint, noch einen Rest in L. 15. pr. D. eod. Ex annuo vel menstruo, quod uxori maritus praestat, tunc quod superest, revocabitur, si satis immodicum est, id est supra vires dotis, eine Stelle, woran sich ursprünglich die LL. 17. 19. und 21. mit ihrer Ausführung über das Compensationsrecht der Frau anschlossen. Daß diese Stellen nach ihrer Inscription aus lib. XXXII, dagegen L. 33. cit. aus lib. XXXVI. ad Sabinum entnommen sein soll, kann wohl nicht als entscheidendes Gegenargument gelten. Schon Holoander hat die Zahl XXXVI in XXXII verändern wollen, womit freilich, da L. 32. dem XXXIII. Buch angehört haben soll und doch vor L. 33. gestanden haben muß, die Schwierigkeit noch nicht gehoben sein würde.

Wie es sich damit aber auch verhalten mag, so viel steht fest, daß der Ausdruck donatio in L. 33. pr. denselben Sinn haben muß, in dem er nicht nur in L. 15. und L. 21. cit., sondern auch in L. 33. §. 2. selbst wieder gebraucht ist, nämlich in dem Sinne von donationis causa dare. Mit dem Satze: in annuo quoque donatio vertitur will also Ulpian nicht sagen, ein donationis causa eingegangenes Versprechen eines annuum, sondern vielmehr, die wirkliche Auszahlung desselben, das annuum datum, stelle gleichfalls eine Schenkung dar. Ganz entsprechend sagt auch Julian in L. 22. D. de pact. dotal. (XXIII, 4): quod annui nomine datur, species est donationis. Diesen Umstand hervorzuheben, sah Ulpian sich deshalb veranlaßt, weil man aus dem Compensationsrecht der Frau einen Zweifelsgrund entnehmen könnte. Sagt er doch selbst am Schluß der L. 21. cit.: puto enim non posse ab ea (sc. uxore) peti quasi donatum quod compensatum est.

Erst jetzt erhält die Darstellung in L. 33 cit. ihre volle Schärfe. Das Rückforderungsrecht, das der Frau nach §. 1 zusteht, kommt dem Manne in der Regel nicht zu. Demnach können wir denn auch die Meinung Ulpian's über die Frage, ob das von der Frau dem Manne gegebene Versprechen, ihm ein Jahrgeld zu zahlen, nach dem Tode der Frau gegen deren Erben geltend gemacht werden könne, mit genügender Sicherheit feststellen. Seine Antwort auf diese Frage liegt implicite in den Worten des §. 3: dicendum erit, ex oratione donationem convalescere. Auch die Stipulation gültig werden zu lassen (stipulationem confirmari), wie in dem Falle, wenn der Mann seiner Frau ein Jahrgeld zugesagt hat, dazu ist hier keine Veranlassung vorhanden; ein solches annuum ist incongruens et contra sexus naturam. Uebrigens möchte ich vermuthen, daß der sonst nicht so wortkarge Ulpian jene Frage ausdrücklich verneint hat und daß die betreffenden Worte von den weniger fein fühlenden Compilatoren getilgt worden sind. Der Satz mochte ursprünglich etwa so gelautet haben: dicendum erit, ex oratione donationem *quidem* convalescere, *neque vero stipulationem confirmari* oder ähnlich.

Wie ist nun aber die Entscheidung Ulpian's zu rechtfertigen? Diejenigen neuern Juristen, welche die Frage nach der Convalescenz des Schenkungsversprechens verneinen, erkennen an, daß hier „eine Ausnahme von dem klar ausgesprochenen Princip der L. 23 cit." vorliege. So namentlich Vangerow.[91a]) Um die Ausnahme zu rechtfertigen, beruft derselbe sich auf den Umstand, daß die Stipulation eines Jahrgelds, im Gegensatz zu dem Vermächtniß desselben, eine einheitliche sei. L. 35. §. 7. D. de m. c. donat. (XXXIX, 6) von Paulus. Sed qui mortis causa in annos singulos pecuniam stipulatus est, non est similis ei, cui in annos singulos legatum est; nam licet multa essent legata, stipulatio tamen una est; et conditio eius, cui expromissum est, semel intuenda est. Inwiefern ist nun dieser Umstand für unsere Frage von Einfluß. „Hier kann man", meint

91a) Pand. I. S. 422.

Vangerow, „sehr wohl sagen, daß die Frau, die schon von dem Manne solche Prästationen empfangen hat, sich im Besitz dieser Rente befinde, und daß ihr also wirklich etwas entrissen würde, wenn die Erben des Mannes die Zahlungen einstellen wollten, so wie denn auch in diesem Falle, wenn der schenkende Ehegatte die versprochenen Jahrgelder bis zu seinem Tode wirklich ausgezahlt hat, die Annahme einer Ratihabition sich sehr natürlich aufdringt." Aber dieser Rechtfertigungsversuch ist durchaus verfehlt, wie schon das Rostocker Erkenntniß dargethan hat. „Die Berufung auf die Einheit der stipulatio annui," so heißt es daselbst[92]), „ist bedeutungslos, da diese Einheit keine Untheilbarkeit in sich schließt und eben so wenig der ... partiellen Convalescenz in Bezug auf die schon empfangenen Jahrgelder ein Hinderniß in den Weg stellt. Der Gedanke Vangerow's, daß die Frau, welche schon solche Prästationen vom Manne empfangen hat, sich im Besitze der Rente befinde, und daß ihr daher bei der Einstellung von Zahlungen etwas entrissen werde, ist in seiner Grundlage unrömisch und in seiner, den streng buchstäblichen Sinn des eripere festhaltenden Folgerung gezwungen."

Die richtige Erklärung der L. 33. pr. liegt nach dem Frühern nahe. Daß eine Schenkungsstipulation mit dem Tode des Promittenten in der Regel nicht confirmirt wird, rührt daher, daß nach klassischem Recht eine Obligation nicht erst in der Person des Erben beginnen kann. Der Grund dieses Satzes ist aber ohne Zweifel der Widerspruch, daß man eine Leistung zwar formell selbst übernimmt, und sie dennoch materiell auf den Erben hinüberwälzt. Ein solcher Widerspruch liegt nun in unserm Falle, wo der Mann seiner Frau ein Jahrgeld zugesagt und dieses Versprechen auch während seines Lebens erfüllt hat, keineswegs vor. Sollte dieser Umstand es nicht rechtfertigen, wenn man hier von der Anwendung jenes Satzes absähe?

Ulpian war dazu in der That geneigt; demnach hielt er die Erben des verstorbenen Mannes für gebunden, das Jahrgeld, das dieser schon bei seinen Lebzeiten an die Frau

92) Seuffert's Archiv XII. S. 52 f.

gezahlt habe, auf Grund des Verſprechens fortzubezahlen. Für dieſe Anſicht ließ ſich außerdem noch geltend machen, daß es ſich um ein Verhältniß handle, bei dem eine benigna interpretatio beſonders gerechtfertigt ſei, und daß auch in anderer Beziehung aus einer ſolchen Stipulation ſchon bei Lebzeiten des Mannes eine Art naturalis obligatio anerkannt werde. In L. 23. §. 6. D. de donat. int. v. et ux. lehrt nämlich Paulus: Illud constat, si antequam a viro annuum acciperet mulier, ipsa de suo aut etiam mutuata impenderit, videri tantum iam ex annuo consumtum.[93])

Daß „eine theilweiſe Erfüllung dieſe Wirkung haben müſſe",[94]) nämlich die Wirkung, die Schenkungsſtipulation mit dem Tode des Promittenten zu confirmiren, dieſe Behauptung ſtellt Ulpian keineswegs auf. Im Gegentheil ſagt er ſehr beſcheiden: puto, posse dici, gibt alſo ſelbſt zu, daß ſeine Anſicht nicht unanfechtbar ſei.

Ehe wir die Entwicklung des Rechts der Schenkungen unter Ehegatten weiter verfolgen, iſt noch ein Reſcript des Kaiſers Alexander aus dem J. 229 zu beſprechen, das vielfach mißverſtanden wird. Dieſes Reſcript lautet: L. 2. C. de dote cauta (V, 15). Quod de suo maritus constante matrimonio donandi animo in dotem adscripsit, si eandem donationem legitime confectam non revocavit, qui incrementum doti dedit et durante matrimonio mortem obiit, ab heredibus mariti, quatenus liberalitas interposita munita est, peti potest.

Die entſcheidende Frage iſt auch hier: handelt es ſich von der Convaleſcenz einer donatio im engern Sinne oder von der Confirmation eines Verſprechens? Löhr[95]) behauptet das Letztere. „Das adscribere des Mannes," ſo erklärt er, „enthält keine Vollziehung des Geſchenkes, ſondern begründet nur eine Verpflichtung zur Zurückgabe, alſo nur im Falle ſeines Todes eine obligatio gegen ſeine Erben. Daß dieſe obligatio

93) Vgl. Francke S. 7, Anm. 20.
94) Puchta S. 338.
95) S. 239.

nach dem Senatusconsulte convaleſcire, ſagt das abgedruckte Reſcript ausdrücklich." Wäre das wirklich der Fall, ſo würde der Kaiſer ſich in entſchiedenen Widerſpruch ſetzen mit Papinian und Ulpian, die mit aller Beſtimmtheit lehren: si stipulanti spopondisset (maritus) uxori suae, non conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit. L. 23. D. cit. Daß aber der Kaiſer ſich dieſes Widerſpruchs bewußt ſei, daß er alſo ſeinerſeits die entgegengeſetzte Anſicht zur Geltung bringen wolle, davon enthält ſein Reſcript nicht die leiſeſte Andeutung. Im Gegentheil trifft er die Entſcheidung ſo, daß man ſieht, dieſelbe wende nur einen durchaus feſtſtehenden Rechtsſatz an.

Demnach kann alſo nicht von der Confirmation eines Verſprechens, ſondern muß von der Convaleſcenz einer donatio im engern Sinne die Rede ſein. Und in der That deuten darauf alle in dem Reſcript gebrauchten Ausdrücke. Es iſt ganz irrig, wenn Löhr ſagt, das Reſcript rede ausdrücklich von einer obligatio, die nach dem Senatsſchluß convaleſciren ſolle; vielmehr iſt in demſelben nur von einer liberalitas interposita oder, wie es anfangs genauer heißt, von einer donatio legitime confecta die Rede. Wie genau aber noch die Juriſten jener Zeit zwiſchen einer donationis causa abgeſchloſſenen stipulatio und einer donatio unterſcheiden, haben wir bei Erörterung der L. 33. cit. geſehen. Noch beſtimmter deuten die Ausdrücke de suo . . . in dotem adscripsit und incrementum doti dedit auf ein eigentliches donationis causa dare hin. Entſchieden beſtätigt wird dieſe Auffaſſung ſchließlich noch durch den Ausdruck petere, der nicht die Geltendmachung einer obligatio, ſondern die Verfolgung eines dinglichen Rechts bezeichnet. L. 178. §. 2. D. de V. S. von Ulpian. Petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur.

Daß L. 15. C. cit. von einer „wirklich vollzogenen Schenkung" ſpreche, haben denn auch ſchon Bartolus und Bachov angedeutet und Vinnius weiter ausgeführt. Von neuern Juriſten verſteht namentlich Wächter[96]) die Stelle in dem-

96) S. 109.

selben Sinne. Selbst Puchta,[97]) nach dessen Ansicht auch eine bloße Stipulation mit dem Tode des schenkenden Ehegatten convaleściren soll, verzichtet darauf, die Stelle „zur Bestätigung der wahren Ansicht Ulpian's (d. h. zur Bestätigung seiner Meinung über Ulpian's) Ansicht zu gebrauchen", und auch Windscheid, der Puchta's Meinung theilt, hebt[97a]) hervor, daß man sich „billiger Weise" dafür nicht auf L. 2. cit. berufen dürfe.

Es fragt sich noch, wie wir uns den Vorgang bei der in Rede stehenden donatio zu denken haben. Der Kaiser gebraucht den Ausdruck: quod de suo maritus constante matrimonio donandi animo in dotem adscripsit, setzt also voraus, daß der Mann ihm gehörige Sachen als Stücke der dos in die Dotalurkunde eingetragen habe. In diesem adscribere finden nun jene oben genannten ältern Juristen mit Recht den Ausdruck einer brevi manu traditio, respective eines s. g. constitutum possessorium. Dagegen erklärt Puchta[98]) nicht einzusehen, wie diese Annahme möglich sei. „Eine Tradition", so argumentirt er, „setzt doch voraus, daß der Empfänger Besitzer werde, bei der brevi manu traditio so, daß der Tradent in Zukunft in seinem Namen besitzt. Keines von beiden geschieht, wenn der Mann seine Sachen als Dotalsachen in das Instrument setzt. Indem er sie zur dos machen will, will er ja die Frau nicht zur Besitzerin machen; denn er ist ja Besitzer der Dotalsachen. Man müßte sagen, es liege in dem Einschreiben eine doppelte Tradition, vom Mann an die Frau (als Constitutum) und von der Frau an den Mann (als br. m. tr.). Aber geschweige, daß das Abscribiren eine Tradition wäre, ist es vielmehr ein Act, der an sich gar keine juristische Wirkung hat, wie dies das Rescript ausdrücklich anerkennt, indem es donationem legitime confectam als Voraussetzung hinzufügt. Es muß also noch etwas hinzukommen, nämlich ein kräftiger Schenkungsakt. Dies kann nun Tradition an die Frau sein, die es wieder als dos zurückgibt. . . ."

97) S. 339, Anm. 1.
97a) Pand. §. 509, Anm. 35.
98) a. a. O.

Dieses Raisonnement ist nicht stichhaltig. Vor Allem behaupten wir nicht, daß das Adscribiren eine Tradition wäre, sondern vielmehr nur, daß in derselben der Ausdruck einer bereits vorgenommenen Tradition gefunden werde könne. Ferner aber ist es unrichtig, wenn Puchta behauptet, daß der Mann stets Besitzer der Dotalsachen sei. Richtig ist nur, daß der Mann einen Anspruch auf den Besitz habe. Aber warum sollte er diesen Besitz nicht seiner Frau überlassen können? Eine solche Vereinbarung kam gar nicht selten vor. Zum Beweise genügt folgende Stelle des Ulpian: L. 21. §. 1. D. de donat. int. vir. et ux. (XXIV, 1) ... si convenerat, uti se mulier pasceret suosque homines, idcirco passus est eam dotesua frui, ut se suosque aleret u. s. w. Wenn derselbe Jurist in L. 46. D. de donat. int. vir. et ux. (XXIV, 1) sagt: Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est, so hat er ohne Zweifel vorzugsweise eine solche Besitzüberlassung an die Frau im Auge. Ulpian will nämlich keineswegs läugnen, daß in der Ueberlassung des blosen Besitzes eine Schenkung liegen könne, sondern nur sagen, daß auch diese Schenkung dem allgemeinen Schenkungsverbot unterliege, d. h. daß der Mann, der seiner Frau den Besitz überlassen habe, denselben jederzeit zurückfordern könne. „Auch in anderen Beziehungen wird der blose Besitz als Vermögensvermehrung, und auf Grund davon als Gegenstand der Rückforderung behandelt.“ [98])

Um nun auf unsere Stelle zurückzukommen, so sind wir nicht nur berechtigt, sondern durch den ganzen Zusammenhang sogar genöthigt, anzunehmen, daß der Ehemann, der donandi animo Etwas de suo in dotem adscripsit, an seine Frau den Besitz übertragen hatte. Von einer zweiten Tradition, nämlich einer Rückgabe an den Mann, ist also gar nicht die Rede. Eine solche Zurücknahme würde vielmehr als Revocation der Schenkung anzusehen sein.

---

99) Windscheid, Pand. §. 365, Anm. 9. Uebrigens spricht Ulpian in L. 46. cit. keineswegs, wie man allgemein annimmt, von dem Falle, daß der eine Ehegatte dem andern „eine fremde Sache schenkt,“ sondern nur davon, daß er ihm den Besitz, natürlich an einer eigenen Sache, überläßt.

In dieser Weise hatte sich die Theorie von den Schenkungen unter Ehegatten auf Grund der oratio Severi umgestaltet. Eine abermalige Aenderung trat unter Justinian ein. Durch denselben wurde nämlich die Grundlage, auf welcher die bisherige Theorie beruhte, wesentlich alterirt.

Vor Allem hob Justinian im December 528 den Satz des klassischen Rechts auf, daß eine obligatio nicht ex heredis persona beginnen könne, und zwar anknüpfend an den Umstand, daß man ja schon früher ein Versprechen in novissimum vitae tempus stipulatoris vel promissoris, im Gegensatz zu einem Versprechen post mortem, als gültig behandelt hatte. L. 11. C. de contr. et comm. stip. (VIII, 38.) Scrupulosam inquisitionem, utrum post mortem an cum morietur vel pridie quam morietur, stipulatus sit aliquis, vel in testamento legati vel fideicommissi nomine aliquid dereliquerit, penitus amputantes, omnia quae vel in quocunque contractu stipulati vel pacti sunt contrahentes vel testator in suo testamento disposuit, etiamsi post mortem vel pridie quam moreretur, scripta esse noscuntur, nihilominus pro tenore contractus vel testamenti valere praecipimus. Vgl. §. 13. I. de inutil. stip. (III, 19). Die Anwendung auf jenen Satz machte Justinian in einer besondern Constitution aus dem J. 531.

L. un. C. ut actiones (IV, 11).

Cum et stipulationes et legata et alios contractus post mortem compositos antiquitas quidem respuebat, nos autem pro communi hominum utilitate recepimus, consentaneum erat, etiam illam regulam, qua vetustas utebatur, more humano emendare. Ab heredibus enim incipere actiones vel contra heredes, veteres non concedebant contemplatione stipulationum ceterarumque causarum post mortem conceptarum. Sed nobis necesse est, ne prioris vitii materiam relinquamus, et ipsam regulam de medio tollere, ut liceat et ab heredibus et contra heredes incipere actiones et obligationes, ne propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur.

In demselben Jahre 528 und zwar gleichfalls im December modificirte Justinian einen andern, für unsere Lehre wichtigen Grundsatz des ältern Rechts.

Während nach der oratio Severi eine an sich ungültige Schenkung durch den Tod des Schenkgebers so confirmirt werden konnte, daß sie von jetzt an als gültig behandelt wurde, aber ohne daß von einer Rückwirkung die Rede war, verordnete Justinian in der bereits oben besprochenen L. 25. C. de donat. int. vir. et ux. (V, 16), daß die Confirmation sowohl in diesem Falle als in dem andern, wenn ein Vater einem in seiner Gewalt verbliebenen Kinde ein Geschenk gemacht habe, wie eine Ratihabition wirken, also rückwirkende Kraft haben solle . . . et silentium donatoris vel donatricis et specialis confirmatio (sc. in suprema voluntate facta) ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit, sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt, nec in ceterum subtilem divisionem facti vel iuris introduci posse.

In einem Rescript vom J. 530, L. 7. pr. C. ad SC. Maced. (IV, 28), faßt Justinian selbst den Inhalt jener frühern Verordnung kurz dahin zusammen: nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahitur et confirmat ea, quae ab initio subsecuta sunt.[100]) Die subtilis divisio facti et iuris bezieht sich wohl auf die verschiedene Behandlung, der in dieser Beziehung die donatio inter vivos und die mortis causa donatio unterlag. Nur bei dieser trat ja bisher eine Rückwirkung ein, weil sie von Anfang an gültig war, nicht aber bei jener, die bis zum Tode des Schenkgebers nur als Schenkung im faktischen, nicht aber im juristischen Sinne galt.

Endlich kommt für unsere Lehre noch die bekannte Verordnung Justinian's in Betracht, wonach alle Schenkungen unter 500 Solidi sogar durch formlosen Vertrag gültig und klagbar errichtet werden können. L. 35. §. 5. C. de donat.

---

100) Vgl. über das Verhältniß dieser Bestimmungen zu dem frühern Recht Windscheid, Pand. I. §. 83, Anm. 10.

(VIII, 54) vom J. 530 und §. 2. I. eod. (II, 7). So ist also die Schenkung zu einem pactum legitimum und dadurch fähig geworden, eine vollgültige Obligation zu begründen.

Aus diesen Bestimmungen ergab sich von selbst das Resultat, daß von nun an auch ein einfaches Versprechen, welches ein Ehegatte dem andern donationis causa gemacht habe, mit dem Tode des Promittenten gültig werde, wenngleich dieser selbst mit der Ausführung des Versprechens noch gar nicht begonnen habe.

Diese Consequenz erkannte denn auch Justinian auf Veranlassung einer an ihn gerichteten Anfrage ausdrücklich an, nämlich in Nov. 162 vom J. 539. Die hergehörigen Stellen lauten in der lateinischen Uebersetzung: Interrogavit nos gloria tua de quibusdam controversiis, agitatis inter disertissimos Illyrici fori causarum patronos, quos decisione nostra egere dixisti, ne in perpetuum moveantur. Cap. 1. ...§. 1. Et sancimus, si secundum antea a nobis dicta donatio talis per omnia perfecta sit, cum quantum ad quantitatem, tum quantum ad insinuationem, ut illa secundum constitutionem nostram ex silentio viri omnimodo statim ab initio valeat, ex quo facta est, ut... et traditio, sive facta fuit, exceptionem illi det, sive non facta sit, etiam exactionem, si quidem stipulatio intervenerit, per actionem ex stipulato, sin vero non intervenerit, per condictitiam ex lege praebeat, ut rem donatam accipiat.

Diese Novelle ist also keineswegs in dem Sinne „ein neues Gesetz", als wenn dadurch eine das frühere Recht abändernde Bestimmung getroffen worden wäre, sondern Justinian „argumentirt blos aus den bestehenden Gesetzen", freilich nicht, wie man annimmt, aus dem Recht der klassischen Juristen, sondern aus seinen eigenen frühern Bestimmungen, wodurch das klassische Recht vielfach modificirt worden war.

Die Commission, welche den Auftrag zur Zusammenstellung der Digesten erhalten hatte, war somit in der Lehre von den Schenkungen unter Ehegatten vielfach genöthigt, die zur Aufnahme bestimmten Stellen aus den Schriften der klassischen Juristen dem neuesten Rechtszustande entsprechend zu verändern.

Dergleichen Aenderungen und Interpolationen können wir nun auch in dem Digestentitel De donationibus inter virum et uxorem mehrere mit aller Bestimmtheit nachweisen.

Abgesehen davon, daß wahrscheinlich der ursprüngliche Schlußsatz der L. 33. cit. getilgt worden ist, nämlich der Satz, daß das von einer Frau ihrem Mann gegebene Versprechen, demselben ein Jahrgeld zu zahlen, mit dem Tod der Frau nicht confirmirt werde, ferner davon abgesehen, daß die in L. 11. D. eod. von Ulpian ohne Zweifel besprochenen Fälle, quando non retro agatur donatio, getilgt worden sind, ist vor Allem L. 32. § 23. cit. interpolirt. Die Stelle lautet nämlich jetzt so: Sive autem res fuit, quae donata est, sive obligatio remissa, potest dici, donationem effectum habituram, utputa uxori acceptum tulit donationis causa, quod debeat, *potest dici, pendere acceptilationem non ipsam sed effectum eius*; et generaliter universae donationes, quas impediri diximus, ex ratione valebunt. Die hervorgehobene Stelle, die sich schon durch ihre ungeschickte Anknüpfung, wie überhaupt durch den Mangel an Zusammenhang mit der ganzen Erörterung auszeichnet, rührt unzweifelhaft von den Compilatoren her. Veranlassung zu dieser Interpolation gab die Bestimmung Justinian's über die rückwirkende Kraft der Confirmation, falls der Schenkgeber, ohne widerrufen zu haben, gestorben sei.

Eine noch interessantere Interpolation findet sich in L. 32. §. 1. cit., einer Stelle, die jetzt so lautet: Oratio autem imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut et ipso iure res fiant eius cui donatae sunt, *et obligatio sit civilis*, et de Falcidia, ubi possit locum habere, tractandum sit; cui locum ita fore opinor, quasi testamento sit confirmatum, quod donatum est.

Es ist unglaublich, welche Erklärungen man von den Worten: et obligatio sit civilis aufgestellt hat. „Die schlechteste derselben", sagen wir mit Puchta[101]), „ist wohl die von

101) S. 335 f.

Glück gebilligte, daß unter der obligatio civilis die Verbindlichkeit der Erben zu verstehen sei, die Schenkung nicht anzufechten. Kaum besser ist eine andere, welcher Glück ebenfalls seine Zustimmung nicht versagt, nach welcher die Worte den Fall einer Schenkung durch Acceptilation, wodurch der Schenker dem Beschenkten eine Schuld erlassen habe, bezeichnen sollen; wenn man fragt, wer denn hier nach Convalescenz der Schenkung obligirt sei, so erhält man eine ähnliche Antwort, wie bei der ersten Erklärung. Beide bedürfen keiner weitern Widerlegung. Eine dritte und zwar die gewöhnlichste Erklärung läßt den Juristen von der Schenkung einer Schuldforderung gegen einen Dritten sprechen. Die civilis obligatio wäre also die zwischen dem Beschenkten und dem durch die Schenkung dessen Schuldner gewordenen Dritten. Sieht man nun aber die Stelle selbst an, so findet man darin keine Erwähnung der Personen, zwischen denen die Obligatio existiren soll. Ein vierter Versuch, der, wie die beiden letzten, auch schon in der Glosse enthalten ist, will die Worte von einem Evictionsversprechen hinsichtlich der durch Tradition geschenkten Sache verstehen", eine Erklärung, deren Willkürlichkeit in die Augen fällt.

Bleiben wir, meint Puchta[102]), „bei dem einfachsten und natürlichsten Sinn der Worte" stehen, so könne es keinem Zweifel unterliegen, daß sie „von der Wirkung einer durch Stipulation geschlossenen Schenkung, also von der Convalescenz eines Schenkungsversprechens zu verstehen" seien. Ebenso entschieden sagt Savigny[103]): „Für den unbefangenen Leser können diese Worte unmöglich etwas Anderes heißen als: so daß sowohl die Tradition als die Stipulation ipso iure Gültigkeit erlangen, die bis zum Augenblick des Todes nichtig waren." Wir geben gern zu, daß die fraglichen Worte, falls sie überhaupt von Ulpian herrührten, sich so am natürlichsten erklären ließen. Aber es sollte doch billig einleuchten, daß ein Ulpian so nicht geschrieben haben kann. Ganz abgesehen da-

102) S. 334 u. 336.
103) S. 184, Anm. l.

von, daß er mit sich selbst in den auffallendsten Widerspruch getreten sein würde, wenn er das hätte sagen wollen, würde er auch seinen Gedanken in einer Form ausgedrückt haben, die man ihm, dem gewandten und eine gewisse Fülle der Rede liebenden Schriftsteller absolut nicht zutrauen darf.

Unleugbar rühren die Worte von den Compilatoren her, und müssen in der That so verstanden werden, wie Puchta und Savigny sie erklären. Nur ist für das Zustandekommen der obligatio civilis eine Stipulation nicht erforderlich, sondern es genügt schon ein förmliches Pactum.

Wie steht es nun aber mit der so anstößigen L. 23. cit.? Einfach genug: ihre Aufnahme beruht nur auf einem Versehen der Compilatoren, von deren Flüchtigkeit im Arbeiten uns auch sonst genügende Proben bekannt sind. „Eine Unvorsichtigkeit in der gemeinschaftlichen Aufnahme" der verschiedenen, von uns besprochenen Stellen „muß", wie Savigny[104]) hervorhebt, „Jeder annehmen, welcher Meinung er übrigens zugethan sei." Aber die Sachlage ist insofern eine höchst eigenthümliche, als die Compilatoren gewissermaßen den Wald vor lauter Bäumen nicht sahen. Anstatt nämlich die L. 23. cit. einfach nicht aufzunehmen, tilgten sie nur die für ihre Zeit nicht mehr zutreffende Motivirung des Satzes, ohne zu merken, daß die Entscheidung selbst nicht mehr richtig sei.

Die Stelle ist also nur als eine „historische Notiz über das frühere Recht" zu betrachten, aber nicht in dem Sinne, wie Wächter[105]) meint, als ob Justinian sie absichtlich habe aufnehmen lassen, wie er ja auch in anderer Beziehung „gerade bei den Schenkungen keineswegs alle Spuren des frühern, theils schon vor ihm, theils durch ihn aufgehobenen Rechts in den Pandekten getilgt" habe. Diese Auffassung wäre nur dann denkbar, wenn die Compilatoren irgend wie darauf aufmerksam gemacht hätten, daß die Stelle bloß eine historische Notiz und nicht praktisch gültiges Recht enthalte, eine Bemerkung, die sie ja in den Institutionen oft genug zu machen pflegen.

104) S. 192.
105) S. 113. Vgl. S. 114.

Was für ein Satz wirklich gelten solle, darüber haben die Compilatoren durch die Aenderung, welche sie an L. 32. §. 1. vorgenommen haben, keinen Zweifel gelassen. Unter diesen Umständen ist es denn auch gleichgültig, daß die oben besprochene Novelle 162 nicht glossirt ist.[106])

So hätte denn, wie ich hoffen darf, eine vielhundertjährige Controverse endlich ihre definitive Erledigung gefunden.

XIV

Ueber die dem debitor cessus aus der Cession gegen den Cedenten und den späteren Cessionar zustehende Einrede und einige damit zusammenhängende Rechtsfragen.

Von Herrn Dr. **Robert Waldeck**,
Kreisgerichts-Assessor zu Corbach.

Im ältern römischen Rechte existirte kein besonderes Institut der Cession, dieselbe ging vielmehr vollständig im Vollmachtsvertrage auf. Dieser bot für Fälle, in denen der Gläubiger einem Andern den Vortheil aus einer ihm zustehenden Forderung überlassen wollte, ohne sich jedoch derselben durch Abschluß einer Novation gänzlich zu begeben, eine sehr bequeme Form,[1]) indem derjenige, welchem dieser Vortheil zugedacht war, vom Creditor zum Mandatar bestellt, und zugleich vereinbart wurde, daß derselbe dasjenige, was er demnächst vom Debitor erhalten würde, für sich behalten solle. Die Einrichtung der Klagformel, deren sich der Bevollmächtigte bediente, war hierfür sehr geeignet, denn es wurde zwar die intentio auf den Namen des Dominus, die condemnatio hingegen auf den des Vertreters gestellt.[2]) Da hier durchweg die reinen Grundsätze

106) Ueber diesen Punkt vgl. namentlich Wächter S. 110 f.
1) Gaius II. §. 39.
2) Gaius IV. §. 86.